Christo duce & auspice.

Por el Marques de Villena Duque de Escalona.

Contra el Conde del Montijo.



VNQVE El hecho deste negocio se â tenido y tiene por claro, y corriente, no nos queremos escusar del trabajo de referillo con toda puntualidad y distincion, para que sobre el asiente despues mejor el derecho: y se entienda y allane con mas orden y facilidad, la justicia del Marques. Y ansi començando por lo primero y mas antiguo, es pretension del Conde, que los señores Reyes Catholicos don Fernãdo y doña Ysabel, concedieron licencia y facultad al Marques de Villena don Diego Lopez Pacheco, visabuelo del que litiga: para que de los frutos y rentas de su Mayorazgo pudiesse disponer hasta en cantidad de quinze quentos de marauedis, que se pagassen despues de sus dias, segũ y como el lo dispusiesse y ordenase, para effeto de casar y dotar a sus hijas conforme a su calidad, y para pagar sus deudas, y los descargos ďsu anima y conciencia, o para qualquier cosa destas: y que al cumplimiẽto pudiesse obligar ê hipothecar las Villas y fortalezas, o lugares que le pareciesse, sin embargo de las prohibiciones y Clausulas del dicho Mayorazgo.

I

1. Presupuesto del hecho, aduirtiendo loq̃ contiene la facultad Real.

Esta licencia y facultad Real, no esta presentada original en los autos, ni ay mas que traslado della, inserto en la escriptura de que luego haremos mencion. Y los señores Reyes que dizen la concedieron, entraron en la cabeça y concessiõ vsando de sus nombres proprios, y diziendo: *Don Fernando y Doña Ysabel, &c.* Cuya data y fecha es en Granada, por Octubre del año de 1501.

2

2. Presupuesto de que no esta original en el processo, y sobre la fecha della y modo de su expedicion.

Despues parece que el dicho Marques don Diego, y la Marquesa doña Iuana Enriquez su muger, concertaron de casar a doña Magdalena Pacheco su hija, con don Pedro Portocarrero, Comendador de Sigura, y sucessor en el estado de Villanueua del fresno: prometiendole en dote nueue quentos de marauedis, segũ

3

3. Del concierto y tiẽpo del casamiento entre don Pedro Portocarrero, y doña Magdalena Pacheco.

4 dis, ſegun reſulta de la eſcriptura contraria preſentada a execu-
4 Preſupueſto de relacion dela eſcriptura enq̃el pleyto ſe ſunda. cion por el Conde, la qual ſuena auerſe otorgado por Abril del año de 1529. Y en ella ſe va refiriẽdo el dicho concierto, y que el matrimonio eſtaua effetuado y celebrado deſde 17. de Septiembre de 1527. años. Y como vn dia antes otorgo el dicho don Pedro Portocarrero, carta de dote y recibo de todos los dichos
5 nueue quentos, y ſin embargo ſe deuian ſiete dellos, a cuya paga
Que antes della eſtaua otorgada carta de dote y recibo delos nueue quẽtos por entero. ſe obligaron el Marques y Marqueſa, ſeñalando ciertos plazos dentro dẽ quatro años, y prometiendo q̃ pagariã reditos ê intereſes, a razon de quatrocientas y treynta mil marauedis por año, mientras no ſe pagaſſen los dichos ſiete quentos de principal. *Por quanto eran para ſuſtentar o ſoſtener las cargas del matrimonio.* Que ſon palabras repetidas y dichas tres vezes en la eſcriptura, donde el Marques don Diego dize: que para ſu mayor validacion y ſeguridad, quiere vſar de la dicha licencia y facultad Real, y que
6 en ſu virtud hipoteca las villas *de Alcalay Iorquera,* con ſus fortalezas y tierras, y ſus rentas, pechos y derechos, *por quanto ſon del dicho ſu Mayorazgo.* Y luego proſigue con las palabras ſiguientes. *Y mãdo la dicha contia delos dichos ſiete quẽtos de marauedis, y rẽta de quatrocientas y treynta mil marauedis [q̃ por ellas han de lleuar en cada vn año, haſta tanto que ſe le paguẽ los dichos ſiete quẽtos de marauedis, o qualquier coſa o parte dellos, que quedaremos deuiendo] que ſean para en quẽta de los dichos quinze quentos de marauedis en la dicha facultad contenidos, que yo el dicho Marques de Villena puedo diſponer, y mãdar para deſpues de los dias de mi vida. y que ſi otra manda o qualquier coſa ouiere hecho y hiziere ſobre los quinze quẽtos de marauedis que puedo diſponer y mandar del dicho mi Mayorazgo ſegun dicho es, que no valga, haſta que primero ſean cumplidos y pagados eſta dicha contia de marauedis, que el dicho ſeñor don Pedro y la dicha doña Magdalena, y ſus herederos y ſucceſſores an de lleuar ſegun dicho es, &c.* Yten las palabras a que ſe refieren eſtas vltimas de herederos y ſucceſſores, dizen anſi. *Y que deſpues de los dias del dicho ſeñor don Pedro Portocarrero, ſi durante aquellos no fuere pagado, ſe cũpla y guarde eſta eſcriptura con la dicha doña Magdalena nueſtra hija, y cõ ſus herederos y ſucceſſores, en pagarle luego todo el dicho dote, o la parte que*
7 *del ſe deuiere, &c.*

Refiereſe en la eſcriptura cõtraria, q̃ las villas de Alcala y Iorquera ſõ de mayorazgo.

5 Preſupueſto delo que duro el caſamiẽto, y de lo que doña Magdalena Pacheco dĩ ſpuſo de ſu haziẽda, y deſpues della dõ Pedro ſu marido, auiẽdoſe caſado ſegunda vez.

El caſamiento entre los dichos don Pedro y doña Magdalena, durô haſta el año de 1549. en cuyo principio ella fallecio dexando por heredero a ſu marido, que ya era Marques de Villanueua, el qual caſo ſegunda vez con doña Maria Enrriquez, a quien dexo por vſufructuaria de ſus bienes, en ſu teſtamento otorgado año de 57. que fue quando el vino a morir, y para deſpues de la vida de la ſobredicha, diſpuſo que ſu hazienda y herencia viniеſſe a don Chriſtoual Oſorio ſu hermano, Comendador que fue de Eſtepa, y a ſu hijo mayor, y perſona que ſuccedieſſe en ſu Mayorazgo.

8 La dicha doña Maria Enriquez, ſegunda muger de don Pedro Portocarrero, murio por el año de 1598. declarando en ſu teſta-

teſtamento, que el Conde es el hijo mayor de don Chriſtoual Oſorio ſu cuñado, y el ſucceſſor en ſu caſa. Y parece q̃ ella deſpues de muerto ſu marido, y el en vida de ambas mugeres, y el poco tiempo que eſtuuo viudo, fueron ſiempre cobrãdo las quatrocientas y treynta mil marauedis d̃ renta en cada vn año, aſsi del dicho Marques don Diego padre de doña Magdalena, que deuio de morir por el año de 1536. Como del Marques don Diego, el ſegundo ſu hijo, y del Marques don Franciſco ſu nieto, a quien ſuccedio el Marques preſente don Iuan Fernandez Pacheco (q̃ es viſnieto, y entro en la ſuceſsion de ſus eſtados ſiendo de edad de diez años, en el de 1574. a 22. dias del mes de Abril) Y como quiera que ſu madre y tutriz vio que el padre pagaua llanamente la dicha renta, fue ella tambien pagandola, entendiendo que ſe deuia: y lo miſmo hizo ſu hijo deſpues de los veynte y cinco años, continuando el proprio error, haſta q̃ viniendoſe a pedir executor por la paga de 601. ſe vieron y conſideraron los recaudos del Conde, y ſe le hizo contradicion, y aunque el negocio ſe remittio en diſcordia dos vezes, al fin ſe mandò yr executor, remittiendole el conocimiento y determinacion de todas las excepciones q̃ en fauor del Marques ſe propuſieron, y reſeruandolas para el tiempo de la opoſicion. La qual ſe hizo redarguyendo las eſcripturas contrarias, y alegando, que quando fueran ciertas, no ſe eſtendia la facultad Real a perjudicar al Marques, eſpecialmente deſpues de tantos ſucceſſores, fructos, y años: y que ſu permiſsion fue limitada, haſta en quantidad de quinze quentos, y no ſe puede exceder dellos en ninguna manera por via de principal, ni ſo color de intereſſes, y que lo cobrado y pagado monta mas de treynta y vn quentos, y que el Marques don Diego nò auia podido imponer cenſo ſobre ſu Mayorazgo, ni tampoco lo auia impueſto, ni tenido tal intencion, y que no ſiendolo nò ſe auian podido ni podian lleuar reditos, y quando en algun tiempo pudieran permitirſe y lleuarſe (dado que no obſtara la dicha facultad Real) ſolo era mientras biuio doña Magdalena Pacheco, y durô el matrimonio, y ſus cargas. Y haſta llegar a los dichos quinze quentos: pero q̃ vna vez pagados, o muerta ella ceſſo eſto, y nò pudo, ni puede continuarſe. La parte del Conde reſpondio, que el contrato es cierto, y que fue obligatorio deſde ſu principio, y en ſu virtud ſe â ydo ſiempre cobrando: y pareciendole q̃ con el, y los demas recaudos eſtaua bien fundada ſu intencion, no tratò, ni â tratado de hazer prouanças ſobre verificacion de eſcripturas, ni aun ſobre legitimar ſu perſona. El Marques las hizo de como ſuccedio en ſus eſtados ſiendo de diez años, por el tiempo ya referido, y de que no es heredero de ſus viſabuelos, ni mas que ſucceſſor en los eſtados y Mayorazgo de la caſa de Villena, y que la renta della ſube de ochenta mil ducados, y anſi en vn año o dos ſe pudiera auer pagado con grandiſsima

6 De la muerte dela ſegunda muger de don Pedro, y del principio y diſcurſo deſte pleyto.

9 *Succeſsiõ del Marques de Villena q̃ litiga, en ſu caſa y eſtados ſiendo de diez años.*

10 *Como fue remitido el negocio ſobre ſi auia de yr executor.*

11 *Reſumpta de la opoſicion q̃ ante el hizo el Marques.*

12 *Lo q̃ reſpondio el Conde, y como no hizo prouanças.*

13 *Relacion de las hechas por el Marques.*

14 cōmodidad y facilidad, lo q̃ se dize resto dela dote de doña Magdalena, y q̃ las villas đ Alcala y Lorquera son bienes vinculados, y para la redarguciō dicha đ los recaudos contrarios, se presento vn testimonio en q̃ fue inserta vna peticion que hizo el Conde en el Montijo, pidiendo se sacasse traslado authorizado de su principal escriptura, por quāto no auia registro della, y con la que se copio entro pidiendo aqui primero el Executor, aunque despues embio la que tiene y llama por original. Tambien hizo presentacion el Marques de vna protestacion o reclamacion, contra todas las cosas que pudiessen ser prejudiciales a su persona y casa, hecha por el antes de los veynte y nueue años, con occasion de vn concierto de su madre, que hizo como su tutriz y curadora, sobre el Patronazgo de la yglesia Colegial de Belmonte, declarando su animo que no era de quedar prejudicado en nada. Y visto el pleyto por el Receptor y executor, con acuerdo de su assessor que nombro de conformidad de partes, dio por ninguna la execucion, reseruandoles su derecho en via ordinaria, cerca de lo đmas de sus pretensiones, y condenādo en los salarios al Marques: El qual pretende que esto vltimo se â de reuocar, confirmandose lo que es en su fauor. Y para fundallo se diuidira este papel en dos Articulos principales. El primero tratara de la facultad Real, y de todos los defectos que le oponemos. Y el segundo, de los que tiene y padece la escriptura y contrato que en virtud della se hizo.

Escripturas q̃ presento.

15 *Sētēcia del executor pronūciada cō acuerdo de letrado elegido por assessor de conformidad de partes.*

16 *Pretēsion del Marques, y proposiciō y diuision deloque se â de tratar, y fūdar por su parte.*

Articulo I. de lo tocante a la facultad Real.

17 EL Cimiento y entiuo de la pretension del Conde, auia de nacer de la facultad Real, y estriuar en ella como en su primer mobil y principio, porque para la consistencia y perfeccion de qualesquier actos humanos, se requieren juntamente potencia y voluntad, pues no bastaria querer hazer vna cosa sino se pudiesse, ni poder sino se hiziesse, animaduertit latè in terminis Alfonsus Villagut. decisio 3. nu. 5. Y como quiera que toda la potencia del Marques don Diego depende (para en quanto a la materia presente, y al perjuyzio del Mayorazgo) de sola la dicha facultad Real, supuesto que sin ella no pudiera hazer ni mandar nada, *vt est tex. in cap. 1. de prohibita fæudi alienatione, per Federicum,* ibi *Vt nulli liceat fæudum totum vel partem, vel pignorare, vel quocūque modo distrahere, vel pro anima iudicare sine permissione domini, & infra dicemus latius.* Bien se sigue de quāta importācia nos seran los defectos substanciales que en esto propusieremos. Y porque vnos miran al credito, y verdad, y solēnidad, y otros a la duracion y tiempo, y otros al entendimiento verdadero, y fuerça de las

Suponese q̃ todo el poder del visabuelo del Marques para disponer en perjuyzio del mayorazgo auia de nacer de la facultad Real. Y q̃ assi es de grande importancia este articulo, el qual se introduce y subdiuide.

de las palabras, sera necessario y conueniente discurrir por todos. 18

Es pues el primero defecto de la facultad Real que presento el Conde, ser solaméte traslado, cui non portet adhibere fidem iuxta notissimas iuris regulas de quibus in authētica, siquis in aliquo documento, C. de ędendo, & per Mascardum de probat. conclu.711. in nouissimis. A lo qual respondera por ventura la otra parte, considerando que la escriptura en que se funda, esta authorizada y signada del mismo escriuano, por ante quien pretende se otorgo, y que en consequencia â de hazer y haze entera fê sin ninguna otra ayuda, vt pluribus citatis resoluit Gouar. in practicis cap 19. nu. 3. sequitur Mascardus vbi supra ex nu.35. Y ansi que estando inserto en ella ala letra todo el tenor dela dicha facultad, queda comprobada y le â de bastar sin tener necessidad de presentalla, iuxta notata in l. chirographis.78. đ adminiſt.tutor. & in cap. Abbate sanē. de verborum signifi post gloss. ibi, verbo fiat fides, & in cap. si Romanorū verbo de sunt distinct.19. ¶ Pero no obstante esto, parece que el derecho es en nuestro fauor, y para q̃ mejor se declare y entienda con distinction đlos terminos, proponemos las conclusiones siguiētes.

1. Defecto que se oppone a la facultad Real del processo, por ser traslado y no original:

19

Lo q̃ podra responder el Conde, para cuya confutacion, se consideran quatro conclusiones de derecho.

20

La primera, si vna escriptura particular se inserta en otra q̃ haga escriuano diferente, no dexa por la tal insercion de ser puro traslado sacado por otro, ni queda assentada la fè dela escriptura agena, antes no la haze, saluo entre solos los mismos otorgantes, segun que hablando de poderes incorporados en contratos y escripturas, lo considero Molineo in consuetudinibus Parisiensibus, tit.1.§.5.nu.44. sequutus Philipū Deciū in dict. authen. siquis, in aliquo nu 39. versi. pręterea, & secundo C. de ędendo quibus addo. melius, Curtiū junior. ibidem nu.45 & ex nu.42. & vltra illos Alex. consi. 6. ponderatis nu.8. versi. quin immo, vol.4. Nattā. consi.143 nu.3. vol.1.

1. Conclusion sobre si haze fè vna escriptura que se inserta en otra hecha por diferente escriuano.

21

La segunda Conclusion, es, de quando algun priuilegio Real se incorpora ê inserta en otro que lo confirma, en el qual caso no es necessario regularmente presentar el confirmado paraque valga, y se aya de guardar la confirmacion, ita gloss. in di. cap. si Romanorū, & Felin. nu. 7. post alios in cap. inter dilectos de fide instrumentorū, Decius in cap. venerabiles. nu. fin. de confir. vtili, vel inutili, Mascardus, conclu. 404.

2. Conclusion de quando algū priuilegio Real se incorpora a la letra en otro q̃ lo confirma.

22

La tercera sea, que si lo insertado en el priuilegio o confirmacion đl Rey, es alguna escriptura particular, no da comprobada generalmente, saluo quando para el incorporarla y trasladar la alli interuinieron todas las solēnidades ordinarias y necessarias delas exemplaciones, optime Decius vbi supra proxime qui Paulo ante sic ait, *bene verum est, quod citatio partis requiritur in tali insertione, vt notat Abb. in cap. Abbate, de verborum signi. & in dict. cap. Albericus* [suple de testibus, & est locus sub nu.5.] Donde tambien dize Panormitano, que no auiendo parte formal, o intere-

3. Dela insercion de escriptura particular en priuilegio.

ſtado cierto, ſe han de hazer citaciones generales por editos, ſequitur Molina de primogenijs. lib.3.cap.13.nu.49. Y pone Philipo Decio por tan aſſentada eſta concluſion, que cita para ella a Bart. ya los Doctores in.d. authen.quaſi de menteomniũ ſit, vt reuera eſt. tenet iddem Marcus Anto. Nata. vbi ſupra, & faciunt quæ docet Bart.nu.1. in pręcitata l. chirographis de adminiſtratione tutor. bene Aymon Crauetta de antiqui. temp.1.p. ſect. octaua datur limitatio. nu.19.

23

4. Concluſion, de quando por el contrariuſe inſerta algun priuilegio, en eſcriptura.

Quarta Concluſio, quando vice verſa, ſe inſerta el tenor o relacion de algun priuilegio o cedula Real en eſcriptura particular, no por eſto ſe aſsienta la fê y verdad d̃lo referido ẽ incorporado, ſentit ac probat Bartho. Soci.nu.4 in .d. authen. ſiquis in aliquo, hablando de legitimationes hechas por Condes palatinos, en virtud delos priuilegios que tienen, y teſtifica q̃ vio a muchos Doctores graues aconſejar y reſponder ſobre lo proprio, ſequitur alios addendo Marcabrunus, conſi.13 ex nu 112. & Sfortia, conſi 1.nu.45. A lo qual añade Franciſco Curcio junior, .d.nu.42.vbi ſu pra. *Notandũ eſſe perpetuo quia per hoc vidit multoties legitimatos ſuccumbere quibus in fine litis opponitur non conſtare de priuilegio legitimantis.* Y en otros terminos Angelo in authen. vt ſponſalitia largitas.nu.3 .ſub §. & hoc in ſuper collat. 9. dize q̃ ſi la comiſsion del juez delegado ſe inſerto a la letra enel mãdamiento citatorio, dudandoſe deſpues della, no ſe prueba ſufficientemente ſino ſe exhibe la original, excepto contra aq̃l miſmo a cuya peticion fue inſertada. Por manera q̃ dexamos apuntada la fuerça de las inſerciones de vna eſcriptura en otra, y de vn priuilegio en otro, y de eſcriptura en priuilegio, y tambien por el contrario de priuilegio en eſcriptura.

24

Aplicaſe lo dicho en las quatro concluſiones.

Y deſtas quatro Concluſiones, la vltima parece cortada a la medida de nueſtro caſo, demas de que tambien es harto a propoſito la primera, aduirtiendo, que ſemejantes facultades Reales, ſon poderes para obligar y hazer lo que ſin ellas no ſe pudiera, y aſsi vale el argumento de mãdato ad aſſenſum regium, qui conceditur ad alienandum vel obligandum, vt patet ex Aluaroto in cap. imperialem, nu.8. de prohibita feudi alienatio. per Federicũ Curtio in tract. fæudor. 4. par. nu. 140. En cuya confirmacion ſe echa bien d̃ ver, que la palabra (poder) y la palabra (facultad) ſon ſynonomas, y ſuenan vna miſma coſa.

25

Que vale el argumento de poderes, a facultades Reales.

Con lo qual concurre, que aun para perjuyzio delos miſmos contrayentes ſe ſuele y deue mirar mucho ſi ſon perſonas q̃ tienen libre diſpoſicion, y facultad de prejudicarſe, porque no teniendola, tampoco les prejudicara a ellos, quanto mas a otros, la relacion que hizieren ẽ inſertaren enel cuerpo y tenor d̃l contracto, Bart. in l. ſi forte, ex nu.4 ad finem, ff. de verb. obliga. Fulgo.& Paul. nu.6. Iaſo. 9. verſi. Secundo intelligit, & verſi. item limita dictam regulam in .d. authen. ſiquis in aliquo, concluyendo que no baſta que en la enagenacion de los bienes Eccleſiaſticos, o de menores, ſe

26

Que no ay que hazer caſo de la relacion de quien no tiene libertad para prejudicarſe.

vayan

vayan refiriendo los pregones, y tratados, paraque valgã mien tras no consta dellos legitimamente, y ansi segũ esto, y la prime ra conclusion de arriba, no bastaria q̃ otro escriuano differente la trasladasse alli a la letra, & per consequens a fortiori, aura đ ser lo mismo en la relacion o insercion dela facultad Real, respecto de los successores en los bienes de Mayorazgo. 27

El segundo defecto principal, nace de la redargucion hecha por parte del Marques, contra los recaudos del Conde, opponiendoles, que no son authenticos ni ciertos, ni otorgados por ante escriuanos publicos, fieles y legales, y que no ay registro, ni prothocollo de ellos. Y como quiera que el traslado de la facultad Real es parte de la escriptura en que esta incorporado è incluso, bastaua no tener el Conde hecha probança sobre q̃ fue escriuano el q̃ la hizo, ni en razon dela verificacion della, para que no hagan fè, ni se les deua dar credito. l. 115. tit. 18. parti. 3. vbi late Greg. Lop. Iaso. in l. Barbarius ex nu. 45. ff. de officio prætoris, Alciatus de præsump regu. 3. præsump. 13. nu. 15. Suarez in l. post rem judicatã ad declarationem legis regiæ. § sed pro euidentia nu 34. & 35. & ibi D. Baldes in additionibus Couarr. in practicis, cap. 19. nu. 9. Parlado. lib. 2. rerum quotid. ca. fin. 1. par. § 11. nu. 15. El qual despues de algunos de essotros habla para efecto de que mediante la redargucion no se aya de hazer remate, si el executante no comprueba sus recaudos. Y aun (segun Auend. en el titu. delas exceptiones, nu. 26. statim post principium sub versi. his omnibus a judice preuisis, & sequenti) redarguyendolos antes del mandamiento executorio, se puede preuenir è impedir la via executiua. Verdad es que Rodrigo Suarez vbi supra, quiere dar (en esto del credito de las escripturas) algun arbitrio al juez en caso que el escriuano fuesse conocido notoriamente, o el negocio de poca importancia, pero aqui no concurre lo vno ni lo otro. Demas đ que Burgos de Paz in l 3. Tau. nu. 1074 reprueba in indiuiduo la dicha opinion y moderacion, testificando que no es recibida.

2. Defecto fundado en la redargucion fecha por parte del Marques.

28

No se puede hazer remate en virtud de recaudos redarguidos, y no comprobados.

29

Y si el Conde se defendiere con dezir q̃ su escriptura es antigua podremos replicalle y excluyllo con qualquiera đ dos consideraciones: la vna q̃ este negocio es de menos de ochenta años, porque se otorgo en el de 1529. y que no llegando a cien años no se puede dezir vn instrumento antiguo, para el efecto q̃ de contrario se pretende, Ioseph. Ludoui. post Grauettã Aflict. & Guid. quos refert in decisione Perusina. 115. nu. 14. part. 2. Menochi. presump. 78. nu. 11. lib. 2. & Mascard. de probat. conclusione 1097. nu. 9 cum precedentibus. Y la otra consideracion es, que no desobliga la antiguedad, de probar (siquiera por fama, o con otros adminiculos) que fuesse escriuano aquel ante quien suena estar otorgada la escriptura que se redarguye. Probat ex professo Ioãnes Baptist. Ferretus, consi. 195. per totum, ostendens esse hanc cómunem sententiam, & meram veritatem a qua non

Siẽdo este negocio de menos de 80. años, no se puede dezir antigua la escriptura contraria para efecto de que no aya necessidad de comprobacion.

30

Ni desobliga del todo la ãtiguedad de verificar y probar q̃ el autor fuesse escriuano.

non deuiant Iosep. Ludo. vbi supra nu. 9. nec Mascard. nu. 10. & conclu. 911. nu. 5. post mediũ additio. Bald. nu. 14 in l. comparationes. C. de fide instrumentorum ipse met Bald. & alij quã plures quos optimè, & omnino videndus recenset, & sequitur Corneus, consi 24 ex nu. 14. in fin. volu. 4. conforme a lo qual es de mucho momento, que no aya como no ay nada desto en nuestro

31 Caso.

3. Defecto q̃ nace de auer confessado el Conde q̃ no ay registro ni prothocollo de la escriptura.

Y en quanto a confessarnos que no ay registro, podemos consideralla por tercero defecto, ponderando quan grande lo es, q̃ no se registrasse y pusiesse en el prothocollo del escriuano la dicha escriptura contraria: y que solo esto pudiera bastar, a quitalle el credito. Secũdum Alex. consi. 153 videtur prima consideratione, nu. 11. volu. 2. Panormit. in cap. cum P. Tabellio. nu. 1, in fine versi. octauo requiritur, de fide instrumentorum. Ancharra consi 431. Corne. consi 226 nu. 4. lib 3. Paris. consi. 27. nu. 74. volu 2. Boher. decisi. 36. circa principiũ. Burgos de Paz consi. 20. nu. 3. Menochi. lib. 2. de arbitrarijs casu. 187. nu. 31. & Assin. qui plures addit in suo tracta. de executio. 1. par. cap. 7. per totum. Y si lo contenido en la peticion del Conde se entendiere (que significa no auer registro por estar perdido, o hurtado, mas no porq̃ nunca lo vuiesse ni se hiziesse de la dicha escrip

32 tura) con todo esso es considerable, quia vt inquit Montaluus in l. 3 tit. 9. lib. 2. fori, gloss. verbo, fagan las derechas, *Suspectum est instrumentum cuius non apparet prothocollum,* conducit quod notant Bart. & Bald. Ange. & Paul. in l. fin. C. de fide instru. Capicius decisio. 40. Guid. singu. 472. nu. 2. & singu. 515. No negamos q̃ si se probara la amission y perdida casual del prothocollo o registro fuera debil de suyo este defecto: pero no ay genero de probança dello, ni el Conde la â hecho con nosotros de cosa alguna, no siendo como no es esta de las que se presumen, ni aun de las faciles de aueriguar, por las circunstancias y requisitos q̃

El instrumẽto cuyo prothocollo y registro no parece, es sospechoso.

33 â de tener, de quibus per congestos nouissime â Velazquez de Auendaño in l. 41. Tauri. gloss. 3. Y tambien no parece que nos fuera dañoso, yr con llaneza de lo que dixo Couarr. en la questtion practica 19. nu. 3. quem carpit quodam modo, vt diminutũ Vincent. de Franchis decisio. Neapolit. 194. part. 1. Porque es differente conclusion dezir, que cumple vno con auer presentado su escriptura solẽne sin tener obligacion de mostrar el registro, ni de aueriguar que se perdio. O querer que auiendo dicho y confessado que no lo ay, dexe de ser sospechosa, y que el negocio vaya corriente no tratandose de assentar ni probar la perdida y amission sin malicia ni culpa, ni constãdo della ni de

No se presume perdida de escriptura ni prothocollo sino se prueba.

34 diligencia alguna, suspicio autem sola (quamuis non aliud operaretur hic tertius defectus) sufficere nobis deberet cum simus in redargutione ciuili nec persequamur criminaliter falsitatem, Archid. in cap. in memoriã destinct. 19. Iul. Clarus in §. falsum. nu. 38. & 39. Grauetta Surdus, & Decianus. mille que alij quos cumulat

Que basta sospecha sola contra las escripturas en negocios y causas ciuiles.

cumulat Franciscus Viuius, decisio. 81. lib. 1. & vltra eum Mar-
tinus Ant. del Rio, in repet. l. trāsigere, C. de transact. nu. 154.
cum duobus sequentibus. Y porque no se repare en que la dicha
peticion del Conde no fue presentada por el mismo en el Mon-
tijo, ni ay enel processo poder de quien alli la presento, consi-
dero que nosotros no auiamos menester mas de que para pedir
executor se presentasse aqui, en su nombre la escriptura que se
copio y authorizo en virtud dela dicha peticion, trayendola in- 35
serta por cabeça como la trae. Hoc enim præsefert approbatio-
nem & confessionem iuxta regul. tex. in cap. cum olim, decem
sibus vbi Innocen. & in l. cum pręcum, C. de liberali causa, l. 2. C.
de inst. & subst. quinimo, aū el papel omnino simple, es visto con
fessallo, y no puede contradezillo la parte por quien se presen-
ta, ex tradditis per Doctores in l. scripturę, C. de fidè instru-
mentorum, & in cap. imputari extra. eod. A lo qual (antes de
passar a otra cosa) se añade q̃ la redargucion del Marques mira
a todas las escripturas del Conde, en cuya consequencia viene
a no estar ligitimado ni eslabonado el hecho, ni lo demas nece- 36
ssario, para poder executar nì cobrar, y falta tambien la legiti-
macion de la persona del contrario, quæ etiam in causis executi
uis, & quantumcumque sūmarijs requiritur, & pręcedere debet.
Bart. & omnes in l. 2. C. de ędicto, diui. Hadr. toll. dicit cómu. sen
tentiam Menochi. de recuperanda posses. remedio 15. nu. 274.
quam etiam pręsupponunt ac firmant in terminis nostris Sua-
rez ad .d. l. post rem judicatam, in declaratione legis regiæ,
extensione 1. nu. 11. Paz in praxi, 4 par. 1. tom. cap 1. nu. 35. A-
zeuedo, in l. 19. nu. 4. tit. 21. & in l. 3, nu. 5. tit. 2. lib. 4. nouę com-
pilat. Y lo que mas es aunque no se vuieran redarguido los
recaudos del Conde todauia faltara la dicha legitimacion sup-
puesto que no embargante que concedieramos su otorgamien-
to, y ser fechos por ante escriuanos publicos, no nos paraua, nì
puede parar prejuyzio que la dicha doña Maria Enrriquez
Marquesa de Villanueua del frexno, vsufructuaria q̃ fue desta
hazienda, declarasse al sobredicho por successor en ella, y por
hijo mayor de don Christoual Ossorio, ni tampoco es dubitable
el ser de ninguna importācia que esto se sepa extrajudicialmen-
te, porque al juez le â de constar como a tal y por los autos todo
lo necessario para assentar el hecho deste pleyto, Vulgata l. illi
citas, §. veritas, ff. de officio pręsidis. 37

Por la presentaciō se confiessa todo lo cotenido enlo presentado, aunq̃ fuesse vn papel simple

Que al Cōde le falta la legitimacion de su persona, siendo esta necessaria enqualesquier causas.

Los tres defectos que dexamos apuntados contra la dicha fa-
cultad Real, miran a que no se le â de dar fê ni credito, y passan
do al quarto, trataremos en el de la duracion della, fundando
que ya auia espirado y no tenia fuerça al tiempo q̃ el Marques
don Diego Lopez Pacheco, pretendio otorgar la escriptura en
que estriua este pleyto: para lo qual es necessario presuponer q̃
la señora Reyna Catholica doña Ysabel, murio en Medina del
Campo a 24. dias del mes de Nouiembre, de 1504. años, segū lo

4. Defecto sobre q̃ la facultad Real auia espirado quando se llégo a vsar della.

refiere el Doctor Gonçalo de Yllescas, enel lib. 6. dela Pontifical, part.2.cap.23. enla vida d Iulio 2. fol.170.col.3. Y el señor Rey Catholico don Fernando, fallecio en Madrigalejo aldea d Guadalupe, a 22. de Enero del año de 1516. como lo dize el mismo Author enel cap.24. del proprio lib. tratando de la vida de
38 Leon 10. §.4. fol.190.col. 4. Y yendo como van todos los historiadores y chronistas con llaneza en esto, no ay duda en que lo prueban plenissimamente, ni en que lo deuemos tener por verdad assentada, cap. inter dilectos vbi gloss. verbo magis, de fide instrumentorum, Bart.nu.21. in l.1.ff. si cert. petatur, & post eũ alij DD. citat plurimos Gutierrez in practicis, lib.3. quęst. 13. nu.13. cui addendus est Dueñas regu.157. & Mascardus d probat. conclu.287. Por manera, q (conforme a la cuenta dlos tiempos, y a lo aduertido enel caso) eran passados mas d 24. años despues de la muerte de la señora Reyna, quando se vino a vsar de la facultad, y mas de 12. despues de la dl señor Rey Catholico don Fernando: con lo qual se an de juntar tres conclusiones en que se cifra la materia tocante a este quarto defecto.

Los tiempos de las muertes delos señores Reyes Catholicos, se prueban cõ los historiadores y chronistas q las refieren, y murieron mas de 12. años antes q se vsasse de la facultad.

39 La primera, q si la licencia es concedida con solo el nombre dela dignidad y officio Real (como succede quando en las cedulas se entra diziendo: Yo el Rey, por quanto por parte de vos &c.) no espira ni dexa d passar adelante aunq muera, reintegra el concediente Mieres de maiorã 4. part.quęst.10. nu.10 & 11. quem referendo sequitur Gutierrez in practicis, tomo 1. lib.2. quęst.74. & Velazquez d Auend. in l.43. Tauri, gloss. 2.

Siguense tres conclusiones, sobre quando espirã las licẽcias, gracias y priuilegios por muerte del Rey que los da, y la tercera se ajusta al hecho deste pleyto.

La segunda Conclusion sea, q si la concession es hecha con solo el nombre proprio del Rey, en falleciendo el, fallece juntamente ella, vt duo primi ex pręcitatis authoribus probant fere in finalibus verbis.

La tercera a q se ajusta nuestro caso es, quando se comiença con el nombre proprio, y se le añadẽ el de la dignidad, en cuyos terminos viene a ser esta considerada in concreto & quatenus cohęret personę. Y assi faltando la persona antes de vsarse de la gracia y concession, ã de quedar y queda extinguido todo sin q despues quien la ganó se pueda valer mas della, ita Decius in cap. quoniam Abbas, col. 5. nu. mihi. 40. in ęit d. Romana, de officio & potest.jud.deleg. *Qui post quam neminit dignitatis in abstracto*, sic prosequitur. *Secũdo considerari potest dignitas in concreto prout cohæret personæ, & ista extinguitur cum persona* (& infra) *Nam quando dignitas consideratur in concreto, & cohæret personæ, ad istum effectũ consideratur, vt valeat cõmissio, & ex quadam necessitate habetur respectus ad dignitatem limitatê quãtum ad validitatem cõmissionis, sed non quo ad perpetuitatẽ, &c.* Sequitur latê & plurib⁹ citatis comprobat ac explicat Barbosa in l. quia tale nu.81.ff. soluto matrimonio videndus omnino, ex nu. pręcedenti idemque sensit Mieres in dictis finalibus verbis maxime rellatus ad consilia Baldi, quę adducit, & cum eo transeunt simpliciter cęteri. Loqual podremos fortificar

con

con lo aduertido arriba nume. 25. sobre que las facultades Reales son poderes, supuesto q̃ estos se extinguen reintegra morte mandantis. l. mandatum, C. mandati, §. recte inst. eod.

Y si se oppusiere de la dicha ley 43. de Toro, la respuesta es facil considerandoque solo habla en licencias para hazer Mayorazgos, mas no en las dadas para obligallos y empeñallos, q̃ es cosa odiosissima, y derechamente contraria a lo primero, porq̃ se encaminan a disminuyllos, y deshazellos en parte. Y assi podremos retorcer el argumento en nuestro fauor, formandolo a contrario sensu, y poniendo misterio particular en aquellas palabras dela ley *Para hazer mayorazgo*, Formauerũt Mieres, & Gutierrez vbi supra, & conducit vulgaris regula, quod nec sillaba dãda est in legibus non misteriosa aut otiosa aliudq́ue dicteriũ quod si lex volluisset expręssisset. 40

Respõdese a la ley 43. de Toro, y retuerceſſe en cõtrario por hablar solo en licencias dadas para hazer mayorazgos.

Y si vltimamente se reparare en q̃ segũ la dicha equiparacion y consideracion de los poderes, auiamos đ dezir siempre y en todos casos, q̃ las facultades concedidas para obligar o enagenar, espiran con la muerte de quien las dio, ex pręd. l. mãdatum, seruira de q̃ nuestro intento quede mas declarado y apoyado, porq̃ dãdola sub nomine dignitatis, nunca se puede dezir q̃ falta el concediente por no morir como no muere la dignidad y officio en abstracto, cap. si gratiose de rescriptis. in. 6. l. proponebatur ff. de judit. De todo lo qual resulta, q̃ si no vuiera la disposicion particular de la ley de Toro, se auia de hazer la misma distinction q̃ esta referida en terminos đ hazer mayorazgos, y q̃ (pues la licencia y facultad de q̃ tratamos, se concedio y expidio con los nombres proprios delos señores Reyes Catholicos, y el vsar del de su dignidad Real, fue en concreto) que todo fenecio con la vida de sus Magestades, sin quedar en que fundar la potencia del Marques don Diego para el prejuyzio de los successores en la casa de Villena. 41

Ponderase para respuesta de otra objection, que la dignidad y officio Real en abstracto no muere, ni fenece con la persona.

El quinto defecto principal, es importantissimo para en caso q̃ sin perjuyzio de la verdad dieramos q̃ cessaua lo q̃ esta dicho, y porque mira al entendimiento y fuerça đ las palabras con que suena auerse pedido y concedido la licẽcia y facultad Real, sera bien referir aqui las de la relacion y conclusion dela suplica della, q̃ a la letra son las siguientes. *Nos supplicastes y pedistes por merced, que vos diessemos licencia y facultad, para que de los fructos y rentas de vuestro Mayorazgo, que heredastes, y tenedes, y posseedes, pudiessedes disponer y dispusießedes para despues de vuestros dias, todo lo que fuesse menester para los dichos descargos y cumplimiento de vuestra anima, y para los dichos dotes y casamientos de las dichas vuestras fijas, &c.* Y en la concession dizen: *Vos damos licencia è facultad, paraque vos el dicho Marques podades dipsoner y mandar, y dispongades y mandedes para las cosas susodichas, o para qualquier o qualesquie dellas, para despues de vuestros dias, hasta en contia de quinze quentos de marauedis, para que se cumplan y paguen de los fructos y rentas del dicho Mayorazgo, &c.* Por manera que en 42

5. Defecto sacado delas palabras dela facultad Real, por auerse pedido y cõcedido sola mente para tocar en los fructos del Mayorazgo,

ambas a dos partes se haze mencion expressa delos fructos y rentas, aunque bastara en la vna dellas, pues si esta fuera en la concession, no podia auer duda, ni tampoco la vuiera estando enla suplica, quia secundum illam est accipienda, & interpretanda concessio, cap. inter dilectos ante finem, ibi quamuis ex forma petitionis, de fide instrumentorum. §, preterea, insti. de inutilibus stipulat. Ruinus consi 154. nu. 7. vol. 1. Pero con la dicha geminacion y repeticion yra el negocio mas corriente, y denota mayor efficacia, ex l. ballista cum similibus. ff. ad Trebellia.

43 De donde se infiere con toda llaneza, que por ninguna via se pudo en virtud de la dicha facultad Real prejudicar ni tocar en la propriedad de los bienes del Mayorazgo, ni dar parte dellos en dote, ni enagenallos, porque la inclusion y expression de los dichos fructos y rentas, contiene exclusion de la haziẽda principal, y muy claro intento en el suplicante, y concedientes de que no se auia de vender, ni enagenar cosa alguna: Lo qual es de suyo bien indubitable, y bastaua para tenello por tal, poner los ojos en el tenor dela misma licencia, y enla significacion de sus palabras, a quibus nullo modo recedendũ est, cap. porro 7. de priuilegijs, ibi *Totum ex inspectione*, & infra, *Sic enim eos vollumus priuilegiorum suorum seruare tenorem quod eorum metas trãsgredi minime videantur.* Cum alijs pluribus Vulgata. l. non aliter, ff. de legat. 3. Mas para que se vea que no nos falta con que authorizallo en terminos, considero que no son nueuas en derecho semejantes prerrogatiuas y concessiones, dadas para que de fructos se puedan pagar las deudas de quien (sin esto) no tuuiera mano en ellos, vt est tex. in cap. penulti. incipit tua nobis de verborũ signifi. & in cap. si tibi concesso. 26. de prebendis in 6. & in cap. si propter tua debita. 10. de rescriptis eod. lib. tangunt ibidem scribentes, & in cap. vnico ad finem, ut Ecclesiasticã beneficia sine diminutione conferantur Greg. Lopez, in l. 5. gloss. 6. & 7. tit. 16. parti. 1. Nauarr. de spolijs Clericorum. §. 9. nu 3. sub cap. non liceat 12. quest. 2. tom. 1. Y tambien no es nueuo concederse lo mismo en fauor de algun Obispo, o beneficiado, para que la paga se vaya haziendo despues de el muerto, con los fructos y rentas de su Diocesis o prebenda, vt patet ex consi. Pauli Parisij. 137. incipit *contra reuerendum Episcopum.* lib. 4. Donde el caso parece fue, que el Papa concedio a vn Cardenal, Obispo Melethanense, que (sin embargo del prejuyzio de quien le sucediesse) sus deudas muerto el, se pagassen de los fructos de su Obispado: Inhis igitur terminis similiũ rescriptorũ, aduierte y pondera Hostiense, el effecto de no ser absoluta la concession, y q̃ permitiendo echar mano de los fructos, queda prohibido el retener y tocar enlos mismos beneficios o prebendas, is inquam in pred. cap. penult. de verborum significatio. sub §. quedam in medio, tenet idem gloss. verbo fructus in d. cap. si propter tua debita, dicens, *Nota quod non habet retinere beneficia sed fructus, &c.*

Pruebase latamente, q̃ por el mismo caso q̃ el Marques dõ Diego tuuiesse licencia para mandar pagar delos fructos de su Mayorazgo quinze quẽtos de marauedis, fue visto prohibirsele qualquier genero de enagenacion de los bienes vinculados, y tocar en la propriedad dellos

Gloss.

Gloss. etiam sub eodem verbo in .d. cap. si tibi concesso inquit, *Nota quia alia est ista concessio ab illa quam habes supra eod. lib. de rescriptis, si gratiose, ibi enim concessum fuit de beneficijs hic autem de fructibus, &c.* Y con esto passan llanamente todos los Doctores, y ellos y los textos siempre que dizen que se haga y cumpla alguna cosa de lo que procediere de los fructos presuponen por sin duda (como lo es) que no se puede prejudicar, ni tocar en la propriedad ni en lo principal, facit l. Imperator. 50. in finalibus verbis cum gloss. & scribentibus, ibi ff. ad Trebellianum, & in l. qui bonis ff. de cess. bonorum, tex. in cap. de multa de prębendis & passim alia plurima jura. Lo qual ansi presupuesto, y considerando la pretension del Conde cerca de dezir, que el Marques don Diego Lopez Pacheco dexo obligado su Mayorazgo a la paga de quatrocientas y treinta mil marauedis cada año (mientras no se redimiessen, con siete quentos) resulta ser claro y euidente, que aunque vuiera querido imponer tan sin limite, la dicha carga y obligacion, no vuiera tenido facultad ni poder para ello. Por que esto venia a ser especie de fortissima y verdaderissima enagenacion, como la ay en los censos, cuyas hipotecas se reputan por enagenadas, y lo quedan hasta en la concurriente quantidad de la suerte principal, Abbas. in cap. in aliquibus nu. 2. de censibus, & Didacus Perez in prohęmio, titu. 2. lib. 8. ordinamenti veteris, versi. dubitatur etiam pag. 35. quem & alios refert, & sequitur Felicianus de censibus, lib. 2. cap. fin. nu. 11. Y fuera dellos Iuan Antonio Canecio sobre la extrauagante de Sicilia, que incipit volentes in §. succesiue subnectitur, pag. 164. tratando de semejantes obligaciones, y cargas de pagar reditos de bienes fęudales, y auiendo dicho que son enagenaciones prosigue con estas palabras: *Quae alienatio censetur perpetua cum non sit diffinitum tempus redimendi argumento, tex. in l. sufficit, ff. de condict. in debiti, & in terminis scribit Carolus Ruinus, consi. 82. vol. 2.* & infra *At negari non potest in isto casu quin sint vendi fructus fæudi subiugati pro mensura sortis, & subiugatio censetur, quędam seruitus prout in ista specie respondit Ancharranus consi. 30. &c.* Para cuya confirmacion puede considerarse vn argumento indissoluble, aduirtiendo que si se impone censo legitimamente sobre bienes de Mayorazgo, queda de tal manera enagenado el valor del (concurriente con la suerte principal) que aunque despues se redima por qualquiera, esta redempcion (regularmente hablando) no se conuierte en prouecho del mismo Mayorazgo, sino antes queda la cantidad della por hazienda libre de quien la hizo, y de sus herederos. l. pater filium. 36. in principio de legat. 3. & probat Molina de primog. cap. 26. nu. 10. lib. 1. faciunt ad supra dicta, verba tex. in l. si vsus fructus muncipibus. 8. §. de vsu fructu legato *Nam si quis, ait. eos perpetuo tueatur nulla vtilitas erit nudæ proprietatis semper abscedente vsu fructu,* & conferunt etiam quę passim traduntur in proposito. l. iurisperitos de excusat. tutor. ad hoc, vt perpetuæ censeantur

44 *Lo que se pretende que hizo el visabuelo del Marques, contiene muy fuerte y verdaderissima enagenacion.*

45 *Y si valiera, deuia reputarse por especie de enagenacion perpetua.*

46 *Lo qual se comprueba aduirtiendo, que si algun censo bien impuesto sobre bienes vinculados, se redime, todauia queda la cantidad correspondiente a la suerte principal, por hazienda libre, y enagenada del Mayorazgo regularmente hablando.*

antur concessiones factę ad beneplacitũ, notãt Burgos de Paz, consi.21.Gutier.in practicis,lib.3.quęs.11.&alijDD. innumeri.

47 *Argumento cõtrario sacado dela permißion de hipothecar,*

Contra lo qual todo, podrian opponer y ponderar los Abogados dl Conde, que el Marques don Diego tuuo facultad expressa para hipothecar los lugares, villas o fortalezas de su Mayorazgo, que le pareciesse [como lo hizo de Alcala y Iorquera] en cuya consequencia diran, que tambien se le permitio enagenar, porq̃ la hipotheca es especie de enagenacion, l. fin. cum vulgaribus, C. de rebus alienis non alienandis demas de q̃ en virtud della, se suelen y pueden venir a vender los bienes hipothecados, vt est integer titulus, C. debitorem, venditionem pignoris impedire non posse simul cum alijs titulis de distractione pignorum, notat in terminis Molina, lib. 4. de primogenijs, cap. 5. vsque ad nu.3.

48 *Respuesta primera*

¶ Pero sin embargo no nos obsta ni prejudica este argumento, â que se responde lo primero, que notadas las suertes de hipothecas, traen consigo facultad y licencia de poder ser vendidas y enagenadas, como se ve, enlas de los alimentos, para cuya paga ay quien diga generalmente estar obligada ę hipothecada la hazienda del que los dexa o deue, vt patet apud Gualdensem de arte testandi, titu.3. cautela. 17. nu. 7. Paul. consi.80. nu.1. post medium, vol.1. Francis. Beç. consi.8. nu.7. & 11. Y alomenos es cosa assentada, que se les concede y tienen hipotheca quando se mandan en testamento, o ay designacion de heredades, o pieças particulares de donde se cobren, l.2. in fin. & l. Lutius, 12. ff. de alimentis & cibarijs legatis, notarunt DD. vtrobique, bene Couarr. de sponsalibus, 2. part. cap. 8. §.6. nu.14. Lara, & Barbosa quos refert, & sequitur Zeballos quęst. 692. cõmunium contra cõmunes.

49 *Pruebase y ponderase que quando la paga se ade hazer de fructos, aunq̃ aya hipotheca: no se pueden vender ni enagenarlos bienes, ni llegarse ala propriedad.*

Y con todo esso no se pueden ni deuen vender los bienes, ni tocarse en la propriedad dellos, para pagar los tales alimentos a q̃ estã obligados, Bart. in l. pęnult. de alimentis & cibarijs legatis. Iddem & Angelus Alex. & omnes in dict. l. imperator. 50. vbi bonus tex. ff. ad Trebellianum, Menochi. consi.62. nu.6. tom.1. & de arbitrarijs casu 169. nu.3. Simon de Prętis de interpretat. vltimarum voluntat. lib. 4. dubita. 11. nu. 63. & nu. 70. pag. mihi. 362. Greg. Lopez, gloss.7. ad finem, in l.2. tit. 11. parti. 4. La razon de lo qual consiste, segun todos estos Doctores, y los demas desta materia, en que la paga de los alimentos deue ser hecha de los fructos y rentas de la hazienda, considerat optime Ioannes de Amicis consi. 56. *In Curia magnifici*, ex nu.2. Luego por la misma razon y fundamẽtò, nos es forçoso dezir aca lo proprio, & conducit ęquiparatio Baezę de nòn meliorandis filiabus, cap.2. nu.33. qui in hismet terminis argumentatur de alimentis, ad dotes. Y es considerable para el intento desta primera respuesta, ver que enla dicha. l. Lutius, donde el caso corria con expressa y especial hipotheca, vt patet in verbis, *Pignoris iure, &c.* No vuiera para que preguntar ni dudar: sino alcançando los fructos de algun

gun año, a la cantidad señalada sobre ellos, deuia esta cumplirse de los de otras cosas o años? Si para cobrar por entero se pudiera llegar a vender los fundos hipothecados, supuesto que con esto no se podia pensar que faltase, siendo como eran tales, que sus reditos solos correspondian a lo que se auia de dar cada año. 50

Lo segundo respondemos, q̃ la Clausula de la facultad Real que mira a poder hipothecar, puede y deue referirse a los mismos fructos y rentas del Maiorazgo, que erã el subjecto de donde se auia de hazer la paga, porq̃ las hipothecas siguen la naturaleza, calidades y condiciones d̃ la obligacion principal, Surdus, consi. 103. nu. 3. & Caualcanus, decisio. 27. nu. 19. part. 2. Y como accessorias, no pueden nacer sin ella, Cinus nu. 3. in l. intelligere, C. de luit. pignor. Y assi no estando subjecta la propriedad de los bienes vinculados a los dichos quinze quentos de marauedis, sino solamente sus fructos, bien se infiere que no la auia de comprehender la hipotheca, y si dixeramos lo contrario, y que el Mayorazgo quedaua obligado è hipothecado (y en consequencia dello, se auia de poder vẽder) fuera dar incontinenti vna contradiction notoria en el tenor ê intencion de la dicha facultad, contra regul. tex. in l. non ad ea condit. & demonstr. Y no venia a ser de pequeño prouecho la hipotheca de los fructos, porque si se vendieran, passaran con su carga, y se pudieran sacar y quitar al comprador: demas de otras muchas occasiones de prelacion y ventajas.

Respuesta segunda atribuyendo la hipotheca a los fructos de que se auia de pagar, y no ala propriedad de los bienes vinculados

Lo tercero, prosiguiendo la misma derrota se responde que nunca las hipothecas augmentã ni disminuyen la primera y principal disposicion y obligacion, vt optime probat tex. in .d. l. Lutius. 12. ff. de alimentis & cibarijs legatis, cuius eggregia ad propositum, verba sic se habent, *Neque ex eo quod postea prædia his* (scilicet libertis legatarijs) *Pignoris jure testator obligare voluit, vt ex reditu eorum alimenta perciperent, minuisse eum, vel auxisse quod reliquerat videri.* Y ansi pues las palabras de la supplica y concesion contenida en la licencia y facultad Real, hablã y tratan de solos fructos, no es justo q̃ por la Clausula de poder hipothecar, se quiera estender y augmentar lo concedido, hasta tocar en la propriedad de los bienes vincilados, y que vuiesse lugar vendellos.

51 *Respuesta tercera sacada de dezir q̃ las hipothecas nò alteran ni acreciẽtan la disposicion y obligacion principal.*

Mayormente (y esto sea lo quarto) que es executiua y conceniente a la facilidad del cũplimiento, la dicha Clausula, vnde non valet mutare neque alterare præcipuam dispositionem, ex Clement. 1. in fine de præbendis ibi, *Ad quam non augendam sed exequendam, &c.* Couarr. in rub. de testamentis. 2. part. nu. 12. Molina de primog. lib. 4. cap. 2. nu. 42. Ioan. Garcia de nobili. gloss. 1. § 1. nu. 74.

52 *Respuesta quarta, que mira al cumplimiento, y es executiua la Clausula de poder hipothecar.*

Lo quinto, dezimos que es justo atribuyr propriamente a designacion la hipotheca d̃ las dichas villas de Alcala y Iorquera, y la licencia de hipothecar, argu. tex. in l. quidam testamento. 99. in principio ff. de legat. 1. ibi, *& in castris quos habeo tot* iunctis verbis

53 *Respuesta 5. en q̃ se atribuye a designacion.*

verbis quę infra subjiciuntur, *Demonstrare potius hæredibus volluisse vnde aureos quadringētos sine incommodo rei familiaris contrahere possent.* L. Paulo Callimacho, 37. §. fin. de legat. 3. Y si miramos a la clara intencion de los señores Reyes, y del Marques don Diego, impetrāte dela facultad, sera facil reduzirnos a esto, pues consta que no quisieron menoscabar el Mayorazgo para lo de adelāte, ni disminuyr su principal, sino que todo se acomodasse y traçasse bien, y assi quadran aquellas palabras: *Sine incommodo rei familiaris*, y el entender que lo permitido se resuelue, en que se dixesse y señalase de donde se podria hazer la cobrança de los

54 quinze quentos con menos daño. Y en quanto a la authoridad del señor Doctor Luys de Molina, referida en el numero 47. de ella misma, se ve que habla en hipothecas ordinarias, regulares y simples (que comprehenden la hazienda principal, y su propriedad) y en facultades Reales expedidas dela propria forma, y no en las que tiran solamente a los fructos, lo qual y las otras respuestas que dexamos consideradas, se applican tambien a los textos del argumento contrario.

Applicanse las respuestas dadas, y entiēdese la authoridad de Molina.

55 El sexto y principal defecto es muy cōnuezino a lo dicho, y passa mas adelante, porque (dexado a vn cabo que por la facultad de que vamos hablando, no se permitio enagenacion ni carga perpetua en daño del Mayorazgo dela casa de Villena) ahora dezimos, que la de los dichos quinze quentos, de tal manera, y en tanto grado deuio ser carga temporal, que la paga dellos se auia de hazer con los fructos proximos a la muerte del Marques don Diego, y por los successores inmediatos, y que en passando tiempo y años bastantes para poder pagallos con cōmodidad, quedo el Mayorazgo y sus fructos libres y desobligados, quier se cobrassen y pagassen, o no. En comprobacion y conformidad de loqual tenemos aquel consejo expresso de Paulo Parisio, 137. lib. 4. referido arriba nu. 43. En que auiendo tenido el Obispo Melethanense concession semejante de su Sanctidad (para que las deudas que dexaua, se pagassen delos frutos de su Obispado) le succedio otro que viuio hasta tres años poco mas o menos, y entrando despues el siguiente y tercero Obispo, ocurrieron contra el los accreedores, de los quales lo defendio este author grauissimo, porque en el espacio y transcurso del dicho tiempo, lo vuo muy bastante para auer hecho la cobrança, y paga, y por ser ya como era successor mediato, y no el proximo al deudor, que es vna determinacion y respuesta elegantissima, cortada a la medida de nuestro caso, y seguida por Reboffo in l. boues. 89. §. hoc sermone, colu. 3. sub versi. 10. si pittantia. ff. de verbo. signifi. ¶ Y como quiera que Parisio hasta el nu. 11. trae muy grandes fundamentos, para probar que la mencion y prejuyzio de los successores se entiende en estas materias solo de los proximos y primeros, nosotros (vltra illum) podemos confirmar el intento que lleuamos, aduirtiendo, que lo mismo

6. Defecto en que se funda q̃ la paga se auia de hazer con los fructos proximos a la muerte del Marques don Diego, y por los successores inmediatos, y q̃ en passādo tiempo bastante para poder pagar quedo el Mayorazgo libre.

56

Que haziendose mēcion de successores en estas materias, se entiēde de los proximos, y lo mismo es en quanto a los fructos.

corre

corre en las disposiciones y menciones que simplemente hablan de fructos, intelliguntur enim de proximis & primis, vt ex l. diuortio §. quod in anno. ff. soluto matrimonio, adnotauit Bald. ibidem quem sequuntur Iass. nu. 12. & cæteri scribentes Barbosa nu. 7. in fine, aliqui tamen vt sunt Roman. & Alex. interpretantur pręd. §. sub §. vt donationes, & hoc idem tenuerunt ipsemet Alex. consi. 16. nu. 6. lib. 4. Curtius junior consi. 173. nu. 25. Georg. Nat. in repet. Clement. sæpe, nu. 211. post mediũ de verborũ signifi. Baeça de decima tutor. cap. 30. nu. 2. Gutierrez in tractatu de tutelis, 3. part. cap. 38. nu. etiam 2 conducit reg. tex. in l. cum qui Kalendis 41. de verbor. oblig. & in l. dotis pro missio, ff. de iure dot. cum .d. §. hoc sermone, & mille vulgaribus congestis â Rebuff. Tiraquel. & alijs, ibi post Felinum in cap. 2. de treug. & pace.

La parte del Conde del Montijo, podria ser opponernos a lo dicho, que en nuestro negocio no hã de proceder ni auer lugar estas reglas y consideraciones, porque seria notoriamente contra el tenor de la facultad, querer restringilla a los primeros fructos (y por el consiguiente a solo el primer año) supuesto (que auiendose dado licencia al Marques don Diego, para disponer hasta en cantidad de quinze quentos de marauedis, con las palabras formales que dexamos referidas y puestas en el nume. 42.) llegando luego al modo y tiempo de cumplillos y pagallos, se prosigue con las palabras siguientes: *Para que se cumplan y paguẽ de los fructos y rentas del dicho Mayorazgo (que vos heredastes, y tenedes y posseedes) en los años y tiempos, y por aquella forma y manera que por vos fuere dispuesto y ordenado, &c.* Ytem mas abaxo despues de algunas otras Clausulas torna a dezir: *Y queremos y mandamos, que la persona o personas que succedieren en el dicho vuestro Mayorazgo, lo hagan y cumplan, y consientan hazer y cumplir en todo y por todo, como por vos fuere dispuesto y ordenado, y que no puedan yr ni venir, ni passar contra ello, &c.* Conforme a lo qual diran los Abogados contrarios, que vsando se de plural en nombrar (*Los años y tiempos*) y ansi mismo (*En las personas*) q̃ auiã de succeder, no ay paraq̃ tratar de q̃ estẽ aqui comprehendidos solamẽte los primeros fructos, y el proximo è immediato succesor, y no mas, quia pluralis loquutio non est contẽta vnitate aut singularitate, secundum Grãmaticos, & Rethoricos quibus adiungi possunt notata in §. fin. instit. d̃ iure personar. Y tãbien por ventura echarã mano de ponderar la energia y fuerça de aquellas palabras, *En todo y por todo*, que significando como significan lo mismo que en Latin dezimos, *in omnibus, & per omnia*, y en Italiano, *in tutto è per tutto*, suelen ser de gran misterio y momento, vt in l. 2. §. si furiosus. ff. de iure codicill. Clement. exiui de paradisso, §. circa equorum de verbor. signifi. tradunt DD. in l. 1. de leg. 1. Decius consi. 90. paulo post principium.

57 *Opposicion y argumẽto q̃ se forma en fauor del Conde, ponderando algunas palabras de la facultad.*

Con la respuesta y solucion deste argumento, quedarâ mas apoyado lo que vamos probando, y para ello declarando del todo el

58 *Para respuesta del argumẽto contrario se explican*

las razones y circũstancias del consejo de Paulo Parisio, y deste caso. do el consejo dl Parisio se considera que no solo se funda en que dexasse de ser inmediato successor el Obispo a quien defendia, sino tābien en q̃ vuiesse passado tiempo bastante para pagar las deudas, vt patet ex his quę adducit, & animaduertit, nū. 11. Y de la misma forma que el primero que succedio en el Obispado no quedara libre con el transcurso de los tres años que alli vuo, (porque el auer retenido los fructos, y tardadose en hazer la paga de lo que era a su cargo, no le auia de ser de prouecho) ansi por el contrario, sino vuiera auido tiempo bastāte (para pagar con cōmodidad lo que se deuia) en vida del inmediato successor, tocara tambien pro rata la carga al segūdo y siguiente Obispo, l. continuus 137. §. item qui insulam, ff. de verbor. oblig. ibi *Sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis ædificatoris, & temporum locorumque. Item si non inchoetur opus id tantum æstimetur, quod in illo interuallo effici poßit, &c.* L. veluti. §. hæc vox ff. de ædendo cum notatis a Georg. Natta, in dicta Clement. sæpe, nume. 212. sub versi. *non obstat*, & nume. 214. sub versi *mihi magis placet*, proprius ad rem Rebuff. in .d. l. boues, §. hoc sermone, colum. 3. sub versi. *Vltimo si fructus beneficij.* Por manera, que en ambas a dos cosas se deuen poner los ojos, y suppuesto que concurren en nuestro caso con tan larga sobra de tiempo y de successores intermedios, sera bien aduertir juntamente, que

59 quando con los primeros fructos o años solos, no se satisfaze a la intencion y palabras, se echa mano de los que se siguen luego, conseruandose y guardandose por este camino, la fuerça de las reglas referidas de suso, l. inter illam, 217. §. fin. de verbor significatione. vbi optime Rebuff. videndus precipuê, col. 2. in versi. *secũdo vitiatur.* l. libertas, 17. §. post annos, ff. de manumiss. testam. cap. non potest, 21. de prębendis, in 6. lass. & alij in pręd. l. cũ qui Kalendis de verbor. obliga. Tiraquell. in rep. dicti, §. hoc sermone, nu. 22. & 28. in principio, & in limit. 12. donde prueba entre otras cosas, despues de Romano y Alex. Cepola, y Natta, auerse de tener atencion a la correspondencia de la cantidad, y al valor de los fructos. Y pues los del Mayorazgo de la

Quãdo con los primeros frutos o años, no se satisface del todo a la intencion y palabras se echa mano delos q̃ se siguẽ luego.

60 casa de Villena han sido y son tan gruessos, no es justo que la dicha licencia y facultad se quisiesse ni pudiesse estender a passar de los diez años proximos a la muerte del dicho Marques don Diego, ni aun a poder llegar a ellos: para cuya confirmacion y euidencia, es considerable ver, que el transcurso destos se dize y es luengo tiempo. Vt in rubro & nigro. C. de prescrip. longi temp. 10. vel 20 ann. & in gloss. rubricę, C. quæ sit longa consuetudo, Molina lib. 1. cap. 21. nu 29. Y ansi hasta el arrendamiento por tan grande espacio causa jus in re, y se juzga y tiene por enagenacion, l. 1. §. quod autem, ff. de superficiebus, y respecto desto, viene a ser prohibido en bienes feudales y de Mayorazgos, secundum latê deducta ab eodem authore, ex nu. 15. vbi supra post Ant. Gomez in l. 40. Tau. nu. 84. Y como quiera que la

Que el quitar los fructos a los successores en virtud de la licencia y facultad deste pleyto, no pudo ser por mas tiempo de diez años, ni aun llegar a ellos.

qne la facultad Real de nueſtro pleyto, no permitio enagenar, tampoco ſe pudo en virtud della dar derecho (en los fructos de la hazienda vinculada) que alcançaſſe haſta aora, ni paſſaſſe ni llegaſſe a los dichos primeros y proximos diez años, eſpecialmẽte auiendo đ correr en vida y tiempo đl ſucceſſor o ſucceſſores. 61

Con lo qual no aura que reparar en lo alegado por argumento contrario, pues lo tocante a hablar en plural de años y tiempos, y de las perſonas que ſuccedieſſen en los eſtados del Marques, no excluye que ſe aya de entender de los inmediatos, y reſtringirſe acómodadamente a numero neceſſario, ſegun las circũſtancias, y la materia ſubjecta: antes el hazerlo es conforme a las dichas reglas, que tambien han lugar y proceden enlas loquuciones plurales. Dinus & addition. in cap. pluralis, đ reg. juriſ. in 6. Tiraquell. dicto nu. 22. cum iuribus, & Doctoribus citatis ſupra nu. 59. Y en quanto a la largueza y generalidad de aq̃llas palabras, *En todo y por todo*, baſtaua verlas pueſtas en Clauſula que mira a la execucion y cumplimiento, y q̃ no ſeria razon penſar que podrian deſtruyr ni alterar la intencion y diſpoſicion principal, como ſe deſtruyrian admitiendo que en virtud dellas ſe permitieſſe poder enagenar, o paſſar đ 10. años, en priuar de los fructos a los ſucceſſores, ſiendo eſto eſpecie y modo đ enagenacion. Faciunt concluſiones & regulę iam a nobis adductę, ex nu. 50. demas de que ſegũ Angelo en el conſejo 6. ſeguido por Franciſco Aretino, y por Iaſſon nu. 12. in d. l. 1. de leg. 1. aunq̃ miren alo principal las dichas palabras *En todo y por todo*, ſe deuen reſtringir y entender de manera que no ſe ſiga inconueniente o abſurdo, y tambien no ſe â de hazer tãto caſo de generalidades, mayormẽte en materias eſtrechas y odioſas, vt loquendo de aſſenſu habito ad alienanda bona fęudalia, probat Octauianus, deciſio. Pedem. 169. per totam, & conducit tex. in l. creditor, §. Lutius. ibi *Concedo tibi de omnibus meis, vt vis negotiari*, ff. mandati cum reg. l. ſi de certa, C. de tranſact. & l. chãcellauerat de his quę in teſtam. delentur. l. pręd ijs de legat. 3. & l. ita autem de adminiſtrat. tutor. Y ſobre todo hallaremos, que aũque el compromiſſo eſte pleniſsimo cerca de dar a el arbitro, o arbitros, poteſtad, y facultad muy libre de prorrogar ſu termino, y aunque las palabras dello ſeã muy amplas y generales, no puede llegar la prorrogacion a luengo tiempo (que ſon diez años) ni mientras durare la vida, vt poſt Bald. Rom. & alios probat latiſsimê Georg. Nat. in pręd ictaClement. ſępe. ex nu. 217. vſque ad nu. 223. cuius verba ſub numero 221. ad finem ſic ſe habent. *Virtute talis poteſtatis conceſſæ, non poſſet arbiter prorrogare compromiſſum donec ipſe vixerit, nec ad longum tempus quia hoc non præſſumitur a partibus cogitatum, &c.* Y es de notar, q̃ habla en terminos del verbo *voluerit*, que ſignifica arbitrio libre. Y aca el lenguage de dar *Licencia para diſponer y ordenar*, y de que ſe guardaſſe *En los años y tiempos que por el Marques fueſſe diſpueſto y ordenado*, no excede ni

Reſpondeſe en forma al argumento contrario, ponderando q̃ no importa ni daña auer hablado con lenguage de plural.

62 *Que tampoco no obſtã las palabras En todo y por todo*

63 *La facultad y poder de prorrogar los compromiſſos, aunq̃ ſea ampliſsima, no obra q̃ pueda llegar ninguna prorrogacion a luengo tiẽpo de 10. años.*



64 de ni passa de aluedrio de buen varon, juxta generalem Baldi, doctrinam in l. fideicómissa. 11. §. quanquam, de leg. 3. & plene Iass. in l. si sic. 78. ex nu. 4. ad fin. ff. de leg. 1. Peregrin. de fidei cómissis, articu. 33. nu. 65.

Las palabras de nuestra facultad, de notã y contienẽ arbitrio de buẽ varõ

65 Y puedese confirmar muy bien nuestro intento, con attender a la naturaleza de los negocios y fines para q̃ fue pedida y concedida la facultad Real deste pleyto, porque no requerian ni sufrian dilacion, supuesto que eran para cumplimiento y descargo del anima del Marques don Diego, y para pagar sus deudas, y dotar a sus hijas (q̃ viuiendo el se casaron) vnde celeritas solutionis ex qualitate huiusmodi rerum colligitur, & quod de fructibus proximis soluendum erat. argu. tex. in l. fin. C. de liberis agnoscẽdis, vbi ex eo quod sunt alimenta debentur in principio anni. l. 1. in fine ff. quando dies legati cedat tradunt Bart. & alij relati per Molin. lib. 2. de primog. cap. 15. nu. 73.

Cõfirmase el intento deste defecto mirãdo la celeridad y priessa q̃ requeriã las cosas para que suena auerse pedi- y ganado la dicha facultad.

66 Con lo qual concurre, que la concession de los señores Reyes Catholicos, parece fue para poder disponer hasta en cantidad de quinze quentos de marauedis, y que estos se pagassen de los fructos y rentas del Mayorazgo, despues de los dias del dicho Marques. Y ansi el principio de la carga de pagar, começaua a correr desde el fin d̃ su vida, y por el consiguiente, en los años inmediatos a su muerte: y el tiempo necessario y acómodado en que hazer las pagas, deuio ser continuo, vt est regulare, gloss. magna post medium, in rubri. ff. de diuersis & temp. pręscript. Anto. Gomez. 3 tom. variarum, cap. 1. nu. 3. Gutierrez adducens Tiraquell. & alios inter quęstiones canonicas, cap. 12. nu. 24

Que el tiempo de la obligaciõ y cargas començo a correr desde la muerte de el Marques don Diego, y fue cõtinuo hasta fenecerse.

67 sin que deuiessen ni pudiessen occuparse mas años ni fructos de los que buenamente fueron menester para la paga d̃ la dicha quantidad, l. magis puto. §. item prætor. ff. de rebus eorum. ibi *Nec non & aliud vigilanter obseruare ne plus accipiatur sub obligatione prædiorum fœnoris quam quod opus sit ad soluendum æs alienum.* l. mulier. §. cum proponeretur, ff. ad Trebellianum. ibi. *Quod si tantos fructus ex hæreditate mulier perceperit, vt inde possit doti satisfieri, &c.* Dict. l. continuus, §. cum ita, & §. item qui insulam, de verb. obliga.

Que no deuierõ ocuparse mas años ni fructos de los buenamẽte bastantes cõ cõmodidad para pagar 15. quẽtos de marauedis.

68 Mayormente q̃ si no dixessemos y concediessemos auer mirado la dicha facultad a los proximos successores años y fructos, cayriamos en vn absurdo è inconueniente grãde, de perplexidad è infinidad: porque llegando a distribuyr los dichos quinze quentos entre los futuros y successores, no podria determinarse quanto es justo que pagasse cada vno, cum in infinitum sint vocati: ni tampoco seria razon hazerlos a todos obligados in solidum, ni que este fuesse echando la carga a el otro, & sic de reliquis. hæc enim concedẽda non sunt, ex vulgata reg. l. qui bona, §. fin. de damno in fecto, & l. si titius de conditionibus instit. cum adductis satis ad propositũ a Molin. lib. 1. cap. 26. nu. 14. & lib. 4 cap. 9. nu. 24. Demas de que por aqui se viniera a permitir enagenacion d̃l Mayorazgo, contra

Si se dixesse lo cõtrario, cayriamos en absurdo ê incõueniẽte de perplexidad è infinidad, y de admittir enagenacion.

contra lo q̃ dexamos fundado y probado. ¶ Suppuesto lo qual, y que auia mas causa para prejudicar en los fructos, al inmediato y primero successor [cum non desint, qui putent illum ad funeris in pensam, & ad parua debita vltimi possessoris, exonerationem conscientię tāgentia adstrictum esse, vt patet ex Math. de Afflictis, & Isern. Greg. Lopez, & Padilla citatis per Molin. lib. 1. cap. 10. nu. 33. & 34. teneaturque absque dubio ad dotandas sorores, vt per eundem lib. 2. cap. 15. nu. 57.] Bien se infiere, que fue la intencion de echalle a el la carga, y que esto es lo mas conforme a derecho y justicia, vnde etiam merito trahenda est, ad hunc sensum facultas Regia, & vt minus preiudicet quã sit possibile, l. 2. §. merito, & §. siquis a principe, ff. nequid in loco publico, l. fin. C. si contra ius vel vtilitatem publicam, cum alijs vulgaribus. 69 *Que auia mas causa para cargar al primero successor que a los otros, y assi es justo y cōforme a derecho interpretar la facultad en esta confordad.*

Y si se preguntare que pudo obrar? o que fuerça y efecto le daremos a la dicha licencia y facultad Real? La respuesta sera facil, porque demas de que podia no ser hermano de las hijas del Marques don Diego el que succediera tras de el, siendo su nieto o visnieto (o por vētura collateral, sino son llamadas hembras (quos non tãgit obligatio, & onus dotãdi) ex eôdem Molin. vbi supra proximè nu. 67.) quando esto, cessara la obligacion y carga de dotar, corriera por el tal successor, ex seipso. Y no a disposicion ni voluntad del padre, ni llegara, ni pudiera llegar con mil quilates a tan excessiua quantidad como lo erã quinze quentos, por el año de 1501. 70 *Lo mucho q̃ pudo obrar y obro la facultad Real, sin embargo de lo dicho.*

Y en lo tocante a las deudas y descargos de la conciencia, y cumplimiento del testamento, era tambien grandissimo el efecto, assi por poder llegar y estenderse a tanto, como por la duda, que (aun en lo poco) puso el dicho author .d. nu. 33. & 34.

Y lo que se pudiera hazer en quãto al tiempo y lo demas, fue ordenar la forma y plaços de las pagas, y quando mucho, como bastauan, dos o tres o quatro años (segun nuestras probanças) alargarlo hasta seys o siete, poco mas o menos, y mandar que se cobrase de tal o tal miembro de rentas, y de estas o aquellas Villas y lugares, y por S. Iuan, o S. Miguel, o Nauidad, disponiendo otras cosas semejantes, intra latitudinem de lo concedido, y sin salir d̃ sus terminos: pero no situar reditos corrientes y assentados, ni tocar en acto alguno de enagenacion.

A lo dicho se añade pro coronide (para cumplir mejor con lo vltimo deste sexto defecto, y probar la libertad del Mayorazgo y sus fructos) que conforme al consejo de Paulo Parisio tantas vezes referido, luego que passo tiempo bastante, en que poder pagar los quinze quentos de la facultad Real, y a lo mas largo con el transcurso de los primeros diez años, quedo esta consumida y sin fuerça, y los estados del Marques libres, para quien despues succediesse enellos: pues lo mismo fue enel Obispado Melethanense. 71 *Cōpruevase lo vltimo del 6. defecto cerca de auer quedado el Mayorazgo libre en corriẽdo tiẽpo bastãte para pagar 15. quentos, y a lo mas largo en passãdo 10. años.*

 Y para

Y para comprobacion delo proprio podra ser considerable la l. qui aliena. § 1. de negotijs gestis. ibi. *Cum voluntas finem eroga tionis fecerit.* l. fin. C. de legatis, ibi. *Post completum videlicet tempus ad hæredem ysdem legatis vel fideicomissis remeantibus.* L. si ego, § 1. de iure. dot. l. 1. §. fin. de rebus eorum, demas de las palabras del tex. in d. l. magis puto, §. item prætor, ff. eodem, que son: *Ne plus accipiatur sub obligatione prædiorum fænoris quam quod opus sit ad soluendum æs alienum.* Con las quales entrara bien el argumento de rebus ad tempora, quod validum, esse in iure docuit. Eberardus in topicis legalibus loco 86. y puedese juntar a todo la l. si vsus fructus mihi in bienniū, ff. de vsu fructu legato, donde se prueba, que en siendo passados los dos años de vsufructo, que el testador mando a vno (sin embargo de que el legatario no lo gozasse, etiã data culpa hæredis) dexo de ser lo mãdado, in rerum natura, *Vt peti quidē iam vsus fructus qui legatus sit non poßit quia alius futurus sit, &c.* Ex quo tex. docuit eleganter Bart. in l. si prius, nu. 30 ad finem de operis noui nuntiat. que en las electiones de officios temporales, si el electo no vso, o le impidieren que vsasse alguna parte del año, no se le puede ni deue suplir del siguiente *Nam aliud* (inquit) *est regimen vnius anni aliud alterius*, sequitur hanc doctrinam, & ostendit esse communem alijs relatis Vincent. de Franchis decisio 419 nu. 3. part. 2. supponit que tanquam indubitabilem Gutierrez, consi. 31. ex nu. 29. Y en terminos del dicho cap. si propter tua debita de rescriptis, in 6. es comun resolucion, que si los fructos del tiempo en que se auian de pagar las deudas (de quien gano rescripto para ello) se auian dado antes a otro (de manera que la segunda gracia, y el applicallos para la paga, no pudiesse surtir efecto por entonces) no por esso aura derecho a los fructos del segundo año y tiempo siguiente, sino que antes quedara totalmente extincta la dicha concession vltima, notãt Dominicus ibidem, ex nu. 10. in fine, & Franchus nu. 12. Ancharran. consi. 328. Y los mismos y Archid. y Iuan Andres alli, van diziendo lo proprio, en caso que los fructos del primero año vel nulli essent, vel chasmate perirent. conducunt. notata â Marco Ant. Natta consi. 86. vol. 1. Y sobre todo es notable el consejo 42. de Geronimo Gigante, qui ait non teneri successorem in beneficio ad decursas pensiones, non exactas negligentia pensionarij, facit tex. in l. fin. C. de censibus, & censitoribus lib. 11. Cuius verba sunt: *Reliqua vero temporis ante acti, a nouo domino fiscum postulare non patimur, ne alterius culpa alter incipiat subjacere dispendio, &c.* Lo qual parece que podia padecer mas dificultad que nuestro negocio, respecto de durar la obligaciō y pension hasta el fin de la vida del pensionario, y de dar como se da hipotheca por las pensiones, Romanus, Felinus, & alij quos refert, & sequitur Lara in l. siquis a liberis, §. siquis, ex his nu. 44. fol. 111. ff. de libe. agnosc. Y porque se vea que tambien aca los authores de quien pretende titulo

72 *El tiēpo q̃ no se vsa de los officios tēporales en el año de su duracion, no se suple ni cūple del año siguiente.*

73 *Quādo los fructos del tiempo en q̃ el el rescripto concede q̃ siruā para pagar las deudas del impetrāte, no se aplicā ni pueden aplicarse a ello, la gracia espira y no paßa a los de adelāte.*

74 *El successor en el beneficio, no esta obligado a pagar las pēsiones atrasadas q̃ el pēsonario dexo de cobrar por negligēcia, no embargāte q̃ se le da hipotheca.*

tulo el Conde, fueron negligentes en cobrar toda la deuda y suerte principal de la dote de doña Magdalena Pacheco, traemos a la memoria lo contenido en el 4. presupuesto del hecho, nu. 5. Y que conforme a ello pudieron cobrar enteramente en quatro años contados desde la fecha de la escriptura, y despues de ellos cada y quando que les pareciera, de quo tamen agemus latius in secundo Articulo. Y ansi si no lo hizieron sibi imputent, porque aun, de dolo, merece nombre quanto mas de negligencia, el dexar de cobrar vn hombre lo que puede, quando por ello se â de causar daño, o echar carga a otro, l. dolus, ff. mandati, ibi *Dolus est si quis nollit persequi, quod persequi potest aut si quis non exegerit, quod exigere potest.* l. 1. § iddem Pomponius, ff. de dolo, l. 3. cum sequen. ff. quę in fraudem creditorum, ibi, *Vel a debitore non petit,* Socinus consi. 273. lib. 2. Franciscus Becius, consi. 37. & consi. 105. nu. 26.

75 *Si los authores del Conde no cobrarõ enlos 4. primeros años, o alo mas largo en los 10. despues de la muerte del Marques don Diego, no solamẽte deue atribuyr a negligẽcia, sino a fraude y dolo.*

El septimo defecto que proponemos para que no se consiga la pretension del Conde por causa de la facultad Real: consiste en que en virtud della no pudo el Marques don Diego mandar pagar intereses ni reditos, sino solamente la quantidad simple que se le permitio, quod probatur ex l. fin. § lutius, ff. de condict. indebiti. Vbi restitutio concessa super principali non extenditur ad interesse nec ad vsuras. Y alli la gloss. verbo non posse in fine, da la razon diziendo: *Quia singulare ius restitutionis non porrigitur vltra id, quod in iuditium restitutionis tractum est.* Lo qual declara algo mas, a nuestro proposito Iason en el nume. 4. *Quia restitutio* (inquit) *Datur ex priuilegio, & sic de iure speciali,* notãt & extollunt prędictum tex. Panormit. consi 35. incip. arbitror part. 2. & Roman. sing. 549. Y en otro lugar extraordinario, q̃ es la .l. ideo. 17. ff. de compensat. aduierte y dize Paulo de Castro, que el priuilegio y prerrogatiua que se concede a la suerte principal, no passa ni compete en fauor de aquello que por no pagalla en tiempo puede deuerse. Y como quiera que las facultades semejantes, concedidas para obligar o enagenar, son priuilegios, y de naturaleza tan estrecha, que no se puede exceder vn minuto, ni athomo de lo contenido en ellas (ita vt siue excedatur in re, siue in forma & modo, aut in persona non valet nec tenet, quod agitur vt per gloss. Isern. & Doctores in cap. imperialem de prohibita feudi alienatione, per Freder. vbi late Balzaran. nu. 35. & sequen. Mart. laud. in cap. 1. in principio col. 2. de his qui feud. dare possunt Sigismundus consi. 7. nu. 33.) Bien parece que se infiere no auerse de hazer extension a reditos ni intereses, facit l. & magis cum similibus, ff. de solutio. dũ probat durius & grauius esse cum vsuris soluere. Y en terminos tenemos para este 7. defecto la authoridad d̃ Matheo d̃ Aflictis, quęst. 8. nu. 23 in .d. cap. imperialem, sectio. 1. vbi expręsse firmat assensum regium habitum super sorte non extendi ad interesse neque ad pęnam: y testifica q̃ vio juzgar conforme a ello en el

76 *7. Defecto sobre q̃ en virtud dela facultad Real no pudo auer obligacion con reditos ẽ intereses.*

77 *Las facultades reales son de naturaleza tan estrecha, q̃ no se puede exceder de lo cõtenido y expressado en ellas, ansi en quãto al modo y forma, como en quanto a las cosas y personas*

78 *Authores q̃ en terminos tocã y pruebã la cõclusion de este defecto.*

en el Senado d Napoles, sequitur Balzaranus ibidem. d. nu. 35. col. 4. illius numeri cuius hæc sunt verba, *Vnde præstitus assensus su per capitali non extenditur ad interesse*, Y luego refiere para lo mismo a Marino Frecia, lib. 2. de sub fæudis, cap. vigesimo quero qui est sub folio mihi 207. El qual lo toca y prosigue muy de propo sito, y ansimismo dize que se practico esta opinion en vn pleyto de la Condesa de Noya, y en otro particular q̃ nombra, y Francisco Bursato en el consejo 103. nu. 22. lib. 1. afirma tambien, q̃ se sentencio lo propio en vna causa grauissima del Marquesado de Mantua, y sobre todos Ioã. Antonio Cãnecio, en la repeticion y glossa de la extrauagante de Sicilia, que incipit *Volentes* sub §. *At non erit ociosa quæstio*. fol. mihi 92. tratando, ex professo deste punto para materia de obligacion y paga de dote, funda muy bien despues de Ioã. Aloisio, a quien cita, que la dicha doctrina y opinion de Matheo de Afflictis es mas comun y mas verdadera, y se deue seguir in iudicando & consulendo. Y tambien se nos â certificado, que en Valladolid fue seguida y authorizada poco â, en vn negocio muy importante del Marques de Poza.

79 *Que aunq̃ en bienes feudales pudiera tener dificultad la dicha cõclusion, no la tenia ni tiene en Mayorazgos.*

No ignoramos, que en facultades y licencias para obligar bienes feudales, se â tenido esto por disputable: pero no es justo q̃ lo sea en terminos de Mayorazgos, por las muchas razones de diferencia que corren delo vno alo otro, supuesto q̃ el señor del feudo tiene dominio directo en el, vt patet ex Iulio Claro, lib. 4. receptarũ sent. §. feudũ, quest. 4. & est notissimũ, y ansi prestando consentimiento para obligallo, trata d prejudicarse, sinq̃ sea tã considerable el prejudicio d quiẽ auia d suceder, porq̃ el señor q̃ consiente, no haze injuria ni agrauio (alomenos tã grãde) en vsar de su libertad y derecho, demas de q̃ (regularmente hablando) las haziendas feudales solian ser diuisibles, ex tit. de successione feudi, & notauit Molin. de primog. lib. 1. cap. 7. nume. 4. versi. *Contrariam autem sententiam.* Lo qual todo cessa, en los Mayorazgos, y el poder ser reputadas las licencias Reales, como por gracias o beneficios del señor de la propriedad, o por remocion de impedimento y reduccion al derecho comun. Quinimo,

80 *Ni tampoco â de tener duda en los feudos, q̃ son ex pacto & prouidentia.*

quando los feudos son ex pacto, & prouidentia (que se asimilã mas a los vinculos de España, que no los hereditarios, vt patet ex traditis a Iacob. de Franchis in preludijs feudorum, ex nu. 111.) pondera Ioan. Anto. Cãnecio, vbi supra nu. 16. & 17. ser llanissimo, q̃ no se estiende la facultad a interesses y pena, por que fuera conceder per indirectum, que estaua en mano de el posseedor yr prejudicando con su negligencia o mora, a lo que no tiene dependencia de el, ni puede tocarle en valia de vna vela de sebo, palabras punctuales del dicho author, y de Isernia, a quien alega.

81 *Argumẽto cõtrario a q̃ se respõde.*

Y no obstara si se alegasse por contrario a esto, lo q̃ dixo Molin. lib. 4. cap. 5. nu. 5. & 6. & nu. 10. cum alijs. Cerca de que el

el posseedor del Mayorazgo, q̃ tiene facultad Real para poder vender pueda imponer censo hasta en la misma cantidad, y obligarse a reditos, especialmente en negocio de dote, que la haze mas priuiligiada: Porque se responde, lo primero que la authoridad de Gregorio Lopez (in l. 6. gloss. magna, quest. 11. tit. 11. parti. 6.) le repugna, seguida por Mieres de Maioratu, 4. part quest. 1. limita. 1. nu 18. & sequent.

Lo segundo, que la razon de Molina, puesta desde el nu. 15. y fundada en dezir que es mas vtil la imposicion q̃ la venta, no parece verdadera, a lo menos considerandola desnuda, porque si en el censo queda desde luego enagenado el valor de la suerte principal taliter, que aunque despues se redima, queda la misma cantidad libre, y no vinculada, vt iam superius animaduertimus nu. 44. & nu. 46. & 47. No puede por ningun camino considerarse menos daño en esto que en la venta, y antes por el contrario, lo podria venir â auer mucho mayor, porq̃ haziendose cargadilla de reditos, pudiera para la cobrança venirse a vender alguna pieça del Mayorazgo (vt per eũdem Molin. nu 2. ibidem & Felician. de censibus, lib. 2. cap. 3. nu. 20) que dandose todavia el principal en pie, y con la misma fuerça de enagenacion hasta la concurriente cantidad, y con el proprio peligro para lo de adelante. Quod cum iuditio probauit post Aloisium, Ioan Anto. Cannetius in d. §. at non erit ociosa quæst. nu. 5. cuius pulchra verba sunt: *Potius debet vendi quam supponi ad vsuras, tex. est formalis in l. magis puto, §. ne passim, versi. item prætor, ff. de rebus eorũ,* & infra, *Quia alias sequeretur, quod pro modica portione pretij dotis de paragio (quæ dos respicit certam partem) totum fæudum alienaretur, siue maior pars, quod permitti non debet, &c.* Y ansi, por ventura sintiendo esto dixo Molina. d. nu. 15. que el admtir que imponga censo quien tiene facultad Real para vender, es: *Vt ex, post facto (soluto debito) res in maioratu libera remaneat.* Por manera que no habla de imposicion absoluta y simple, sino calificada. 82

Mas daño es cargar censo en bienes de Mayorazgo, que si se vẽdiera otro tanto como la suerte principal

Lo tercero respondemos, que aunque lo dicho cessara, auia de bastarnos ser como es la licencia en que estriba la escriptura del Conde, pedida y dada nombradamente sobre fructos y rentas, y no poderse en virtud della vender cosa alguna, segun queda aduertido arriba desde el nu. 43. hasta el nu. 54. donde tambien se dixo en el fin, que la opinion de Molina, no procede en facultades Reales semejãtes a la nuestra, ni trata dellas sino de las que comprehenden la hazienda vinculada y su propriedad. Y como quiera que la razon en que el se fundô, del mayor prouecho y menos daño para el Mayorazgo, no procedia en este caso (dado que fuera cierta, pues de estarse en pie y por vender todos los bienes, no auia que estimar ni agradecer no pudiendo ser vendidos) (y por el contrario, es lo proprio que si lo pudieran y lo estuuierã el echalles carga de reditos corrientes, vt supra diximus nu. 44. 45. & 46.) bien se ve que el mismo fun- 83

Ponderase para este proposito el auer sido pedida y cõcedida la facultad, para pagar de los fructos y rentas, y q̃ respecto dello no podia ser prouechoso sino muy dañoso el cargar reditos corrientes.

 damẽto

damento del dicho author nos ayuda; y que conforme a el se à de tener por llano y assentado, que la persona q̃ puede mãdar pagar mil, o dos mil de los fructos, no se podra estender, a hazer q̃ se paguen juntamente ganãcias ni interesses dellos, conducunt quæ traduntur in proposito Motus proprij de censibus, & non nihil etiam regul. l. fin. C. de vsuris, & l. placuit, ff. eod. cũ vulgaribus, vbi accessionis non datur accessio. Y assi en estos terminos no entendemos que ay quien aya dicho ni imaginado lo contrario, ora sean facultades y assensos sobre bienes feudales, ora sobre vinculados, y en quanto a lo q̃ Molina particularmente dixo en dotes y sus reditos, no lo examinamos mas aqui, por ser (lo q̃ podia restar sin lo aduertido) proprio del segũdo Articulo.

84

8. Defecto sacado de auer expreßion dequantidad cierta en la facultad Real, y de ser comofue limitada

El octauo defecto principal, seruira de confirmacion del precedente, y de apretar y conuencer del todo, q̃ no pudo el Marques don Diego exceder en manera alguna de los quinze quentos, aunque fuesse por via de interesses, lo qual se funda, en que la licencia y facultad Real nombra y limita la quantidad dicha; y no es vaga ni indeterminada, & sic adaptatur his terminis resolutio de fidejussore, qui nullo modo tenetur ad vsuras, si procerta & specifica summa fideiussit, l. fidejussores magistratuum. 69. §. pro Aurelio de fidejussoribus, l. 2. §. fin ff. qui satis dare cogantur, gloss. verbo. præstabis in l. quæro. 56. in principio ff. locati, latê DD. in l. centum capuæ ff. de eo quod certo loco. Y lo mismo procede en hipothecas de dotes, porque siendo liquida y declarada la contia que se recibe, no passan della, ni se estienden a los interesses y vsuras dotales, ni estas vienen a gozar d̃ tanta prerrogatiua y priuilegio, como es tener los bienes hipothecados, vt post Alex. Ruinum, & Socinum quos refert probat Barbosa in l. 1. part. 3. nu. 28. ff. soluto matrimonio, & vltra eum Ioã. Ant. Cãnetius in præd. extrauag. volentes, §. at non erit ociosa quæst. nu. 18. pag. 94. ubi (etiam in quantitate non specificata) profitetur veriorem esse, & communiorem hanc sententiam, illamque sequutus est Grego. Lopez, adducens Bart. ac Baldum Nouell. in l. 14. gloss. 3. ad finem tit. 13. parti. 5. Y no embargante que tambien es comun opinion la de los que concedenauer en fauor de las dichas vsuras la propria hipotheca q̃ se da por la suerte y cuerpo dela dote, parece que se han de limitar y no proceder en caso que aya expresion de quantidad cierta y determinada, segun se declaro y limito Anto. Negusancio, in tractatu de pignoribus, 4. membr. 2. part. principalis, nu. 48. cuius (inter alia) sunt hæc verba: *Illud ergo quod dicitur fideiussores, vel pignora accepta pro sorte tantum, non teneri pro vsuris, debet intelligi quando accepta fuerunt expressa certa quantitate puta pro centum (cum dictione taxatiua tantum vel sine) vt probat tex. in l. fideiussores magistratuum,* & rursus in 1. membro. 5. part. nu. 10. ait, *Distinguendum est quod aut obligatio, & hipotheca fuit facta pro sorte, specifice exprimendo*

85

Simil delo dispues to enlos fiadores.

86

Otro simil de hipothecas dotales, que no se estienden a los interesses y vsuras, especialmente cayendo sobre quãtidad declarada y especificada.

certam

certam quantitatem puta pro centum, & tunc dicta obligatio non continet vsuras. & infra, *Aut obligatio & hipotheca fuit simpliciter facta, &c.* 87
Y en terminos de facultades y consentimientos para obligar, y empeñar los feudos, dixo nouissimamente lo proprio Andres Fachineo, lib.7.controuersiarum juris, cap.57. in fine, principij versi. *Alia ratio est,* & paulo infra versi. *Quod facile concesserim* ycn do llano con que la obligacion y empeño no se estiēden a obrar en fauor delos intereßes quando se hizieron expressando y limitando quantidad. Y tambien Caualcano decisio.21. de judicijs, nu.27. part.1. asienta lo mismo en rescriptos y cōmissiones judiciales, y alega para ello a Iasson, Riminaldo, y Decio, Abba. y Bursato, y Corneo, y a Matheo de Afflictis, post quam scripsit sequentia. *Cōmißio est super credito scutorum centum instrumenti, & videtur referri ad principale debitum, & non ad id quod accessoriè veniret quia rescripta ad lites sunt strictijuris,* & infra prosequitur nu.28. verba ac mentionem faciens sortis, & vsurarum.

Lo mismo corre en facultades para obligar y empeñar los feudos.

88

Y tābiē procede lo proprio enlos rescriptos judiciales, por ser de naturaleza estrecha, como ansimismo lo son las facultades semejantes ala deste negocio.

A lo qual se añade, que nuestro negocio esta mas fuerte y ceñido, considerando que no estamos en sola expression simple de los dichos quinze quentos de marauedis, sino que esta se hizo por palabras taxatiuas en la dicha facultad Real, vsando de la diction, *Hasta,* Latine *Vsque,* y diziendo ansi: *Vos damos licencia y facultad para que vos el dicho Marques, podades disponer y manda, y dispongades y mandedes para las cosas susodichas, o para qualquier o qualesquier dellas, hasta en contia de quinze quentos de marauedis, &c.* Quod autem hic loquendi modus taxationem & limitationem contineat, probat tex. in authent. de defensoribus ciuitatum, §. & judicare collat.3. vbi gloss. verbo. *Vsque ad aureos trecentos,* inquit. *Quod ergo vltra est, non competit, &c.* Faciunt quæ traduntur per Bart. & alios in l. patronus.34. §. sempronio delegat.3. & per Rebuffum in l. absentem, 199. de verborum significatio. agentes enim an inclusiue seu exclusiue accipiatur (*vsque*) semper presupponunt non vltra progrediendum esse. Y para que no se pueda exceder en ninguna forma de la summa y quātidad expressada y tassada con la dicha diction y preposicion *Hasta* son considerables la l. idest vsque ad duos aureos, ff. de dolo. l. rogatus 33. ff. mandati. l. si cum exceptione. 14. §. quatenus. ff. de eo quod metus causa cum alijs similibus. Lo qual es en tanto grado verdad, que hablando Bobadilla (post Mexiam quem refert) lib.3. Politicę, cap.8. nu.232. de materia semejante al dicho authentico (donde se concede jurisdiction hasta en cierta cantidad) dize que qualquier excesso por pequeño q̃ sea obsta y daña, y no se admite: y ansi se ve ỹ practica de ordinario en las leyes y estatutos d̃ menores contias, sin poner solamente los ojos en que no exceda dellas lo principal que se demanda, por que no basta, si acaso juntados con esto los fructos ê intereßes, o reditos, vienen a hazer mayor summa q̃ la permitida, ad cuius praxis confirmationem expreßa, & indiuidualis est decisio. Caualcani

89

Fortificase el intēto deste efecto por ser la facultad Real tassada hasta en cātidad de quinze quentos, y tratase dela dictiō (hasta) y como contiene tassacion, y excluye qualquier excesso.

90

No se puede excēder aunque sea en muy poco, quando ay semejātes tassaciones y palabras, como se vsa en las jurisdictiones concedidas con ellas.

ualcani, supra proxime adducta. Y de aqui sale lo que a la letra vsamos en terminos de la cedula puesta aora, entre las Ordenāças nueuas de la Audiencia, lib. 2. tit. 3. cap. 4. fol. 168. que ponderanda est ibi, *Hasta en quantidad de ciento y cincuenta mil marauedis.*

91 *Solo el tratarse de fructos q̃ van corriẽdo, se tiene por impedimento para no reputar los pleytos por de menor contia.*

Y aun es de notar, que corre con tan grande llaneza el no ser tenido por negocio de menor contia aquel que se sufre y trata sobre cosa que con los fructos o reditos (deduzidos en juyzio) passa de quatrocientos ducados: que dexa de verse como tal, por solo auer duda probable dello, y aunque no la aya al tiempo de la primera sentencia, si acaso verisimilmēte parece que despues podra yr creciendo y fructificando tanto, que exceda. Con lo qual no dexara de ser de importancia juntar y referir otras palabras de la facultad Real deste pleyto, que estan mas abaxo de las susodichas, y son las siguientes.

92 *Ponderanse otras palabras de la facultad.*

Y quitamos y amouemos de todo lo contenido en esta nuestra Carta, y de lo que por vos fuere dispuesto y ordenado, y mandado por vuestro Testamento o Codicillo, o otra qualquier disposicion entre viuos, o en vuestra vltima voluntad, hasta en los dichos quinze quẽtos de marauedis, toda qualquier obrrepcion, o subrrepcion, o otro qualquier obstaculo o impedimento, &c. Donde se pondera la repeticion y geminacion de quantidad cierta y especificada, con la preposicion taxatiua *Hasta,* y la fuerça que esto tiene ex regul. l. ballista. ff. ad Trebellianum cum vulgaribus, demas de poder seruir de coarctar y declarar las generalidades de palabras, para que se ayā de entender y entiendan dentro de los dichos limites, y correspondan a lo concedido y pedido.

93 *Aplicase al caso lo contenido en los ocho defectos, infiriendo dello, q̃ sin llegar a tratar de la escriptura del Conde deuia y deue obtener el Marques.*

Presupuestos los ocho defectos que dexamos considerados: parece que (aunque no vuiera otra cosa) venia a ser llanissima la justicia del Marques que litiga, assi para obtener en via executiua, como en via ordinaria, porque su abuelo no pudo (cō el derecho proprio de posseedor) grauar ni dexar grauados los fructos del Mayorazgo para despues de sus dias, quanto mas la propriedad. d. cap. 1. de prohibita fæudi alienat. per Freder. vbi Capicius, colum. 16. post alios, cap. 1. de succession. fæudi in fine principij cap. 1. §. donare, qualiter olim fæud. poterat alienari, d. cap. si propter 10. de rescripti. in 6. Bero. quæst. 95. Parisi, consi. 98. vol. 2. & Paris de puteo de feudis, cap. 257. nu. 5. & 7. Caualcan. in tractatu de vsu fructu, nu. 97. cum traditis passim a Molina, & alijs nostratibus. En cuya consequencia no auia ni ay que hazer caudal de qualesquier cosas clausulas y obligaciones de la escriptura en que se funda el Conde, alomenos considerandolas de porsi, mientras no estuuiessen medidas, ajustadas y cimentadas con vna facultad Real, de cuya fè no pudiesse dudarse, y cuyo texto y tenor comprehendiera y alcançara lo que oy se pretende; y pues la nuestra no lo comprehende ni alcança, y conferida con ello, padece los defectos dichos: claro està que no puede auer condēnacion contra el Marques, ni vuiera hecho bien el Executor si mandara hazer remate, argum. tex.

tex. in cap. cum olim Abbas. 32. de officio, & potest. jud. deleg. ibi, *Quæ in cōmißionis litteris inueniantur expreßa*. Ant. Massa ad formulam obligationis cameralis, 3. parte sub rub. de vi instrumenti executionis, nu. 10. 15. & seq. Lo qual procede por el mismo camino, y con la misma fuerça que si se pidiera que vno fuesse executado o condenado en virtud de escriptura hecha en su nombre, por quien no vbiera tenido poder para obligallo, o si el q̃ tuuiera y mostrara, no fuera bastāte, quod nullatenus admitteretur cum certi juris sit nihil agi quando (etiam si ad sit) mādatum non obseruatur ad vnguem illiusque fines & termini, vel in modico exceduntur vulgata. l. diligenter, & l. siquis pro eo, ff. mādati optimus tex. (qui in rescriptis papalibus loquitur) in cap. cui de non Sacerdotali. 27. de præbendis, lib. 6. Tiraquel. in tractat. de judicio in rebus exiguis ferundo super exemplo seu ampliatio. 87. faciunt quæ supra probauimus, nu. 25. & jura de priuilegijs relata, nu. 43. Y tambien son considerables las palabras de la l. preterea, 3. ibi *Quod si præciū statui, tuque pluris emisti*, ff. mandati con todas las conclusiones de Vancio, y de los demas que tratan de nullitate ex defectu mandati. Y en particular parece a proposito la doctrina de Baldo, y Angelo, Abbad. y Felino, Ancharrano, y otros a quien refiere y sigue Philipo Decio in cap. ex parte el 2. 13. in ordine, colum. penult. versi. 17. fallit de officio, & potest jud. deleg. videlicet, q̃ no importa q̃ la sentencia de los arbitros contenga quanto quisieren, si la facultad y potestad que las partes les dieron en el compromisso, no lo comprehende, porque no se aura de executar, ni mandar cumplir en el excesso, quod probatur ex verbbis eggregijs, tex. in l. non distinguemus, 37. §. de officio. ff. de receptis arbitris, ibi *Tractatum ex compromisso sumendum nec enim aliud illi* (puta arbitro) *licebit quam quod ibi vt efficere poßit cautum est, &c.* Y es de notar que Decio habla de las sentencias arbitrarias por via de exemplo (quod non coarctat regulam) auiendo dicho y ponderado primero con generalidad, la fuerça de la excepcion y defensa que resulta de falta de potestad, concinunt quæ congerit Alphons. de Villagut, citatus supra in principio huius articuli. Y tābien haze al caso, lo que despues de los DD. in l. & quia de jurisd. omni. jud. y de Innocencio in cap. cum olim. de offi. & post. jud. deleg. Dize Tiberio Deciano, respon. 62. nu. 10. vol. 5. cerca de que las sentencias de los juezes delegados no valen, ni obrā en lo que exceden de las cōmissiones que tuuieron, las quales se assimilan assimismo en esto a los poderes y mandatos. & hęc de 1. Articulo dixisse sufficiat.

94 *No se puede executar, ni deue guardarse la escriptura hecha en nōbre de otro sin poder, o con alguno q̃ no fuesse bastante para lo contenido en ella.*

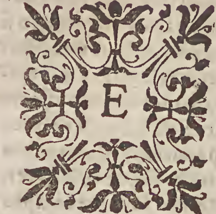
95 *Si a los arbitros no se les dio facultad para lo que determinaron, no se deue executar ni cūplir ni es de momento.*

96 *Lo que hazē, y sentençian los juezes delegados no vale ni obra en quanto execede de sus cōmißiones.*

H Articulo

Articulo ſegundo, de la eſcritura en que ſe funda el Conde.

97 *Propoſicion y ſubdiuiſion del ſegundo Articulo.*



N ESTE SEGVNDO ARTIculo, auemos de proponer y conſiderar los defectos de la eſcriptura contraria, probando y concluyendo, que aunque el Marques don Diego Lopez Pacheco la vuiera otorgado reſpecto ď bienes total mēte libres, y ſubjectos a ſu diſpoſicion, no podia auer lugar lo que pretende el Conde, y para undallo procuraremos guardar el orden que ſe â lleuado en lo tocante a la facultad Real, y el diſcurſo de los tiempos que han corrido, aſsi en el que durô el matrimonio entre don Pedro Portocarrero y doña Magdalena Pacheco ſu muger, como deſpues de diſuelto y ſeparado.

98 *1. Defecto fundado en que no haze fè la eſcriptura cōtraria, ſin embargo de q̃ no parèzca auer ſido redarguida haſta ahora.*

Aqui podriamos repetir por primero defecto de la dicha eſcriptura lo que (ſobre no deuerſele dar fê) reſulta de lo alegado en el Articulo precedente, ex nu. 27. vſque ad 35. A lo qual no obſtara opponer que ſe â ydo pagando en virtud della ſin redarguirla, porque ſe reſponde con la doctrina de Gregorio Lopez, gloſſ. 1. in .d.l. 115. tit. 18. parti. 3. Donde tratando de redarguciones, y eſpecialmente quando ſe hazen a titulo ď que no fueſſe Eſcriuano el que ſuena authorizar y ſignar como tal, dize: *Et nota quod poterit de hoc opponi etiam ſi opponens iam anteà ſoluit aliquam vel aliquas annuas præſtationes vigore eiuſdem inſtrumēti, ſecundū Angel. in authen. de inſtrumētorum cautela & fide. §. in his. collat. 6 &c.* El lugar de Angelo es ſub nu. 15. y alli tambien Accurſio gloſ. verbo. inſinuent prope finem, va con lo proprio, facit text. in .l. quod de bonis, §. non id circo, ff. ad legem falcid. cuius hęc ſunt verba: *Non id circo minus falçidiæ rationem in cæteris annuis legatis admitti viſum eſt, quod primo & ſecundo anno ſine vlla detractione fuiſſent legatario ſoluta.*

La Redarguicion del instrum.to se puede opponer despues de auer pagado en virtud del

99 *Objection a que ſe reſponde.*

Y ſi ſe replicare: que el tiempo de nueſtras pagas llega â 70. años, y que no ſe le ajuſta lo dicho, pues ſolamente procede en vno o dos o pocos mas actos de aprobacion: la reſpueſta ſea, que el hablar de la forma y con el lenguaje que hablā la ley y doctrinas referidas, es gratia exempli ſin miſterio particular, y acomodandoſe a lo que mas ordinariamente ſuccede, iuxta .l. *Nam ad ea quæ frequentius accidunt iura adaptantur,* ff. de legibus. Pero ſi los hombres ſe deſcuydaſſen yendo con inaduertencia, y no reboluiendo ſobre ſi en muy mayor eſpacio, no por eſſo tendrian cerrada la puerta, mientras no fueſſe tāto y con tales circunſtancias que baſtaſſe a confirmar y aſſentar el derecho contrario, gloſſ. verbo. per ſingulos annos, cum tex. & ſcrib. in

.l. cum

.l. cum notissimi, §. in his, C. de præscript. 30 vel 40. annorum, optimum & Peregrinum consilium Alex. 113. incipit super primo dubio, volu. 1. Con lo qual se junta, que las redarguciones de falsedad, se deducen algunas vezes en juyzio, por via de accion o acusacion, y otras por via de excepcion y defensa, segun q̃ ahora lo â hecho el Marques contra la escriptura del Conde, en cuyos terminos la gloss. 1. dela .l. querela. 12. C. ad. legem Cornel. de falsis. tiene, que siempre ay entrada applicando la reglilla vulgar, quod temporalia ad agendum sint perpetua ad excipiendum .l. purè §. vltimo, ff. de doli mali & metus except. .l. licet, C. de except. Demas de que lo ciuil que sale desto, sue le durar por treynta años, dicit receptum Iul. Clar. in praxi. quæst. 51. nu. 2. ad finem, y como quiera que los que corrieron en tiempos de los antecessores del Marques presente, no le dañan, ni se han de contar para con el, vt firmant cõmuniter moderni in .l. filius familias, §. diui. El 2. ff. de legat. 1. vbi Iasso. in. 1. lectura, nu. 214. & in 2. nu. 156. Ioan. Bolognet. nu. 288. & Molina qui alios refert. lib. 4. de primog. cap. 10. nu. 3. cum sequen. Matienzo in .l. 8. tit. 7. lib. 5. nouæ compilat. gloss. 5. nu. 25. & Gama. decisio. 93. nu. 3. Especialmente que los actos voluntarios, y aprobaciones (con las pagas) dela fê dela dicha escriptura, no han de prejudicar al successor en el Mayorazgo .l. peto. §. fratre cum similibus, ff. de leg. 2. Bien se sigue ser considerable, que no se cumpliesse ni aya cumplido tanto transcurso desde que el Marques succedio hasta el principio de los pleytos ni aun hasta oy, y sobre todo será de momento su error notorio, y la pupillar y menor edad mientras duraron, como se aduertira y probara abaxo, nu. quãdo tratemos de excluyr la præscripcion del derecho de cobrar, que pretendera el Conde, en virtud de lo que â passado.

100 *Las redarguciones de falsedad deducidas por via de excepcion, son perpetuas, y si se hazen ciuilmente (aunq̃ sea en forma de accion) duran 30. años.*

101 *El tiẽpo para excluyr al Marques auia de correr desdeque el succedio, y no â corrido.*

102 *Las aprobaciones volũtarias de la fê dela escriptura q̃ se induzirã de las pagas hechas por los antecessores del Marques, no le hã de prejudicar, ni el en su tiẽpo se â prejudicado.*

El segundo defecto mira al primero y mas antiguo tiempo de la dicha escriptura contraria, porque parece que no pudo produzir accion para la cobrança de interesses y reditos sobre que se litiga, poniendo los ojos en su principio, y aun antes, y en q̃ verdaderamente no contiene obligacion ni deuda de dote, para lo qual es necessario acordarnos de lo dicho en el quarto presupuesto del hecho, nu. 5. supra, cerca de que don Pedro Portocarrero auia ya otorgado carta dotal y recibo đ los nueue quentos enteros, quando sus suegros se le obligaron por siete, quod patet ex verbis scripturæ de qua agimus paulô ante finem, ibi. *Y otrosi nos los dichos Marques y Marquesa dezimos y confessamos, que no embargante que vos el dicho señor don Pedro Portocarrero nuestro hijo, hezistes y otorgastes carta de dote a la dicha doña Magdalena nuestra hija, de los dichos nueue quentos que con ella vos mandamos, la qual otorgastes en el lugar de Almorox, a 16. dias del mes de Septiembre, de 527. años, por ante Pedro Gutierrez nuestro thesorero y secretario, escriuano de sus Magestades, y por ella confessays auer recebido enteramente los dichos nueue quentos del*

103 *2. Defecto fundado en q̃ no fue verdaderamẽte deuda ni obligaciõ de dote la cõtenida en la escriptura del Conde, mirãdo a otra q̃ estaua otorgada antes por don Pedro Portocarrero.*

104 *dicho dote, &c.* En los quales terminos ay vna decision indiuidual de Capicio 183. en orden incipit, *in causa domini Ducis Neritoni*, donde prueba muy bien, que auiendose dado vna vez por contento el marido de lo q̃ vuo de auer en dote con su muger otorgãdo recibo dello no le corran despues ganancias ni interesses, aunque en hecho de verdad no estuuiesse pagado, y vuiesse otra escriptura con declaracion desto, y con nueua obligacion d̃ la paga, sequitur referendo hãc decisionem Cesar. Vrsill. in addit. ad Mathe. de Afflict. super decisi. Neapol. 284. nu. 3. Y es de notar, que en el presente caso auia precedido promessa de la dicha quantidad de nueue qnentos, desde el principio de los tratos y capitulaciones matrimoniales, segun resulta del tenor de la dicha escriptura contraria luego inmediatamente tras de la facultad Real, ibi. *Y al tiempo que se concerto el dicho casamiento, nos obligamos de le dar en dote y casamiento* (scilicet, a don Pedro Portocarrero con quien van hablando) *nueue quentos de marauedis.* Y mas abaxo antes de la obligacion, y al fin de la relacion acabando de proponer el concierto nueuamente hecho, y como para la paga de los siete quentos restantes auian tratado entre los suegros y yerno, de que quedassen obligadas por expressa y especial hipotheca las villas d̃ Alcala y Iorquera, dizen el Marques y Marquesa de Villena lo siguiente: *Esto demas y aliende de la obligacion general de nuestros bienes que tenemos fecha, y adelãte haremss, &c.* Por manera que la carta de pago y finiquito que antes desta escriptura dio don Pedro Portocarrero, fue acceptilacion de la dote, o alomenos confession de su recibo, a que auia precedido promessa, y como quiera que sea, corre con muy mayor llaneza nuestro intento, que en la doctrina de Bart. de que echô mano Capicio, nu. 8. para fundar su decision, porque nos ajustamos d̃l todo a la mente y razon fundamental de los textos in .l. in his rebus 67. §. si vir. ff. soluto matrimo. & in .l. dotem a patre, 36. l. vir ab eo. 50. ff. de iure dotium *si vir* (inquit. d. §.) *socero suo* (*in iussu vxoris*) *manente matrimonio dotem acceptam fecisset, etiam si id propter egestatem soceri factum esset. Viri tamen periculum futurum* (ait labeo) *& hoc verum est.* De las quales palabras, y de las de la dicha .l. vir ab eo, ibi, *esset ne ea pecunia in dotem*, cum sequentibus, resulta, que el contentarse el marido con que d̃ nueuo se le obliguen por la quantidad de la dote, es a riesgo y peligro suyo y no dela muger, que ya con la carta de pago della la tiene ligitimamente formada, y constituyda, aunque despues no se cobrase ni pudiesse cobrar de quien se obligo: y ansi el no cumpliria cediẽdo las acciones, ni dando poder contra su deudor, respecto de que la deuda que se le deue ya no es dotal, ni dada en casamiento (para que le valga el salirle incierta) sino hecha por su mano y gusto. En cuya conformidad hablando de acceptilaciones, afirmatan esto, Iacobo de Aren. y Bartu. Alberico, y Cumano, Inmola, y Paulo de Castro, Alexandro y los demas que escriuen in .d. §.

Dãdose el marido por contento de la dote que se le prometio con su muger, y otorgando recibo della, no le pueden correr despues ganancias ni interesses, aunque en hecho de verdad no estuuiesse pagado, y vuiesse otra escriptura cõ declaracion desto, y con nueua obligacion dela paga, lo qual se ajusta al hecho del pleyto.

105

El contentarse el marido con que de nueuo se le obliguẽ por la dote, es a su riesgo y peligro y no dela muger, que ya con la carta de pago della la tiene constituyda, y la nueua deuda no es ni se puede dezir dotal.

.d.§. si vir. Y no embargante que en terminos d̄ confessiion (recepte dotis) tuuieron diferencia y encuentro de pareceres diziendo algunos, que semejantes confessiones causan verdadera dote, por ser hechas con esperança de la futura promessa y obligacion, que es vista recibirse en pago: y otros q̄ no queda consti tuyda legitimamente, respecto del titulo, C, de dote cauta non numerata, y d̄ confessarse el recibo, potius spe future numeratio nis, quam promissionis. Y distinguiendo otros Doctores en si la contraescriptura y obligacion en fauor del marido, son hechas in continenti ô ex interuallo: todo esto procede en confessiones simples, sin precedencia de promessa, porque auiendola primero, como consta auerla auido en nuestro caso, â de ser y es lo proprio que en las acceptilaciones, vt optime deducit Ludouicus Roman. consi. 445. incipit consultatio presens nu. 8. ex versi. hec autem omnia. Donde auiendo tratado desta materia desde el principio de aquel consejo, y referido a los que no admiten lo dicho en confessiion simple dize: *Hec autem omnia locum habent vbi confessionem receptæ dotis non præcedunt dotalia instrumenta dotis promissæ, vel aliæ probationes per quas efficaciter ipsam promissam probari possit, quoniam si hec confessionem præcedant, &c.* Y tambien Alexandro in .d.§. si vir, dixo y escriuio lo siguiente. *Si autem promissio dādæ dotis præcessit confessionē de recepto, & tunc si sequuta esset confessio. Illa confessio statim præiudicaret, & non posset opponi exceptio non numeratæ pecuniæ seu dotis, vt est casus singularis in .l. in contractibus. §.1. C. de non numerata pecunia, secundum intellectum Cini, Petri & Baldi; ibi, iura autem contraria loquuntur quādo maritus confessus est recepisse dotem nulla precedente promissione de dote.* Lo mismo auia dicho en substancia Paulo de Castro alli, nu. 2. & 3. sequiturque conclusionem hanc alios ad eam citans Molineus in additionibus ad Alex. super consi. 148. additione 1. ad finem volu. 5. (Y el fundamento della se comprueba por Antonio Gomez, in .l. 50. Tauri, nu. 52. limitatio. 4. y Aluaro Velasco, consultat. 6. nu. 11. cum Doctoribus congestis ab illis ad interpretationem text. in .d.l. in contractibus. §.1.) Con lo qual concurre ver, q̄ aun en las confessiones sin la dicha calidad y prerrogatiua es comunmente recebida la doctrina de Iacobo de Aren. y de Bart. vt elicitur etiā ex Arberico, Inmola, & Cumano in .d.§. si vir, Cāpeg. in tractatu de exactio. dotis, questio. 93. Corne. consi. 209. nu. 6. lib. 3. Alex. consi. 36. nu. 2 volum. 2. & .d. consi. 148, post principium, Panormit. consi. 73. part. 2. Y assi en conformidad de todo esto, venimos a inferir para nuestro proposito, que no fue deuda de dote verdadera y propria, la delos sietequentos de marauedis a q̄ se obligo el Marques don Diego, vt in .d.l. virabeo. 50. de iure dot. ibi, *esset ne ea pecunia in dotē.* Y q̄ por el consiguente no valio en quāto a la obligacion y carga del Mayorazgo, pues la facultad Real solo fue concedida para efecto de que pudiesse dotar y casar sus hijas, y para el cumplimiento y descargo

106 *Las differencias y opiniones de los DD. no son quādo a la confession del recibo de la dote præcedio promessa della (como en este caso) sino en cōfessiones simples y sin esta qualidad*

107 *Infierese que no fue deuda de dote verdadera y propria la que se cōtiene en la escriptura del Conde, y que assi no pudo cargarse sobre el Mayorazgo, en virtud de la facultad Real.*

de su anima y conciencia. Y como quiera que ya doña Magdalena estaua dotada quando se vino a otorgar la vltima escriptura, cesso en ella la causa dela permission, demas de que no parece justo ni razonable, q̃ teniendo don Pedro Portocarrero otorgada carta de dote confessando auer recebido lo que con su muger se le prometio, se deua dar credito en prejuyzio del dicho Mayorazgo a estotra escriptura, donde declara que aquello no fue cierto: y si admitieramos lo contrario, fuera poner en mano del dicho Marques que aplicara la facultad delos dichos quinze quentos a otras causas, y para differentes efectos, concertando se con los yernos despues de dotadas sus hijas, o haziendo el las relaciones que le pareciesse, quod quidem admittendum non est

108 ex reg. l. si forte. 8. ff. de Castrensi peculio. ibi. *Veritatem enim spectamus an verè Castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit.* Y tābien se infiere, que por no ser deuda dotal la contenida en la dicha escriptura, no valio la promessa de interesses y reditos, segun lo prueba y presupone Capicio en la dicha decision. 183. & statim nos latius probabimus.

Y q̃ no se pudieron prometer interesses.

Y si se oppusiere que aqui no ay nouacion ni transfusion en mutuo, como la vuo en aquel caso, podremos responder, que aunq̃ oy no se presume animo ni volũtad de nouar, sino se expressa, vt in .l. fin. C. de nouationibus, con todo esso no pudo durar

109 ni durô la causa y naturaleza de promessa de dote, quia (vt inquit) prefatus author, nu. 4. ad fin. *Vir confitebatur se recepisse dotem, & quietabat ac liberabat promissorem imo cassabat, et anullabat omnes promissiones vnde non vigore nouationis sed extinctionis totalis tollebatur prima obligatio,* facit tex. in .d.l. vir ab eo. 50. ff. de iure dotium, ibi, *Cum verò acceptam fecit omnino ad eum* (scilicet maritum) *Periculum pertinebit per inde enim est ac si acceperit pecuniam, & eandem promissori donauerit.* Tex. etiam in .l. 3. §. fin. in fine de donationibus inter virum & vxorem, & in .l. singularia cum ibi notatis, ff. si certum petatur. ¶ Passando pues a la especie de contracto y

Con la carta de dote y recibo della q̃ otorgo don Pedro Portocarrero, q̃do extinguida la promessa que le precedio, sin que sea necessario tratar de nouacion.

110 deuda, q̃ serâ la que otorgo el Marques don Diego, claro esta q̃ no podemos darle nombre de censo, porque era en mano del acreedor cobrar la suerte principal a sus plazos (que se cumplian dentro de quatro años) y despues cada y quando que quisiesse, segun se echa de ver por el presupuesto quarto del hecho, y por las palabras de la dicha escriptura contraria, ibi, *Y que auiendose cumplido los dichos quatro años quiriendo vos el dicho don Pedro, &c.* Vnde censum esse non valuit cuius iustificatio consistit in absoluta libertate non redimendi, & in facultate retinendi precipuā sortem, vt in extrauagantibus de emptio. & venditione, notarunt que post alios Gutierrez in pract. tom 1. lib. 2. questio, 175. Felicianus d̃ censibus, lib. 1. cap. 7. ex nu. 15. nouissime, Muñoz d̃ Escobar in tracta. de ratiocinijs, computatio. 17. nu. 7. parte. 2. Y ansi forçosamente reincidimos en la naturaleza de emprestido o mutuo, dela qual es tā ageno como se sabe, el poderse prometer

No pudo ser censo el contrato dela escriptura deste pleyto, y assi forçosamente reincide en mutuo y emprestido.

meter y lleuar ganancias y reditos.

111

El tercero defecto que proponemos contra la dicha escriptura es, para en caso que sin prejuyzio de la verdad, concediessemos poderse reputar (la quantidad de dineros q̃ contiene) por deuda y causa de dote, ad hoc enim, puede y deue repararse en la promessa y obligacion de interesses ciertos y determinados. Porq̃ segũ la doctrina de Ioã. Andres, in cap. salubriter de vsuris, recepta ab Hostiens. & Zabarela, Anto. d. Butr. & Ambros. de Vignat. ibidem & a Rodulph. in tract. d. vsuris. 2. par. quæst. 53. nu. 36. Paulo de Castro in .l. in insulam. §. vsuras. ff. soluto matrimo. Socin. consi. 88. nu. 18. & consi. 130. nu. 10. lib. 4. Palacios Rubios in repetitio. cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxorem, 6. notab. §. octauo infertur ad finem sub versi intellige etiam predicta. fol. 543. Anto. Gomez in .l. 50. Tauri, nu. 50 & Aluar. Velas. consultatio. 8. nu. 5. No es licito stipular ganancias ni reditos de la dote q̃ se promete y deue en dineros, lo qual se funda en q̃ la excepcion del dicho cap. salubriter, habla de solos fructos de hipotheca y prenda: y assi â de q̃dar con esto confirmada la regla en contrario, sin admitir extensiones en semejante materia, especialmente que conforme a los dichos Doctores, parece ser en alguna manera lo mismo que si la quantidad prometida se cobrarâ, y luego se boluiera a prestar sub vsuris: Verdad es, que tambien ay muchos que dizen y defienden poderse hazer pacto de lleuar interesses, como se podra ver en Feliciano de censibus, lib. 2. cap. 5. nu. 21. despues de Couarru. y Baeça, y Nauarra a quien alega: pero essotro es mas seguro, y sobre todo el fundamento deste tercero defecto passa muy ad elãte, aduirtiendo que la opinion vltima (en que se hara pie contra nosotros) deue ser entendida y templada de tal suerte, que aunque no se tenga por illicito y reprobado de suyo, el tratar de ganancias de dote prometida en dineros, ni hazer conciertos sobre que se paguen reditos de ella, toda via estos no se han de tassar por las partes dandoles nombre de tanto por ciento, ni d quantidad liquida y cierta en cada vn año. Y si de hecho lo hizieren, no importarâ para que la tassacion y escriptura se guarden en quanto a este particular, quod pulchre probauit Philippus Decius, consi. 119. *Pro tenuj facultate*. nu. 10. & 11. dicens. *Concludo quod quantitas dictorum. 53. aurorum promissa pro interesse singulis annis donec prætium fuerit solutum licite peti non potest, & isto respectu instrumentũ nullo modo exequi potest per ea quæ vltimo loco pro ista parte adducta sunt, quia licet interesse in recompensationem fructuũ ab emptoribus perceptorum posset peti, non tamen licita fuit conuentio facta â principio de soluẽdo aureos. 53. singulis annis pro interesse per ea quæ dicit Ioa. Andr. d. cap. salubriter, & Petrus de Ancharr. in consi. 148. cum similibus supra allegatis, & quia promissio facta pro interesse non facit, quod tantum inter sit vnde non statur instrumento sed aliter debet deduci, & probari interesse, vt notat Baldus in .d. l. rogasti, §. si tibi, ff. si cert. pet. cum* aliis

3. Defecto sacado de la promessa de interesses ciertos por año, q̃ ay en la escriptura, el qual vuiera lugar aun q̃ la deuda della se juzgasse como de dote.

112

Fundase muy copiosamẽte q̃ en caso q̃ se tuuiesse por mas verdadera la opinion de q̃ no es illicito hazer pacto y cõcierto sobre interesses. Estos an de ser en general, sin q̃ las partes los tassen ni les dẽ nõbre de tãto por año, y q̃ si de hecho lo dierẽ no importarâ para q̃ la tassaciõ y escriptura se ayã de executar y guardar en quanto a ello.

alijs supra allegatis, & ideo instrumentum nullo modo debet exequi. Hasta aqui son palabras de Decio, el qual trata luego, de nuestros proprios terminos de dote: y en el numero.12. buelue a repetir, que la escriptura publica no trae aparejada execucion por los interesses, tambien Zephalo tuuo elegante y latamente lo mismo enel consejo.290. Duo sunt capita vol.2. videndus omnino, ex nu.7. vbi refert ad hoc Albericum, & Romanum, Socinũ, Rubeum, Alexãdrum & alios. Y en el consejo.133. multa sunt, nu.136. vol.1. dize: *Sed vt cumque sit dico quod nisi appareat de interesse vxoris (vel sit appositum pactum vel non) vxor nunquam fructus percipere potest vel quid aliud, & si percipiat (aliter non ostenso suo interesse ad receptum proportionabile) sibi in sortem imputatur, & istud apud me omni caret dubitatione, &c.* Eandem sententiam firmat ac comprobat Rolandus a Valle, consi.55. ex nu.10. & nu. 26. & 30. volu.2. Ambros. de Vignat. (Bartolum referens) in principio tractatus de vsuris. nu.57. optime Purpuratus post Baldum in .l. rogasti, §. si tibi, ff. si certum pet. donde desde el nu.39. va fundando quan sospechoso y malo es hazer pactos a principio d̃ reditos ciertos, y auiendo assentado esto en dotes, nu. 46. prosigue en el 51. ad finem, con las palabras siguientes: *Si tamen conuentio fiat & post, testibus vel alias probetur de veritate interesse, petitioni eius locus erit, vt Baldus & prædicti admittunt, &c.* & nu.53. ait. *Quod & si cõstet tẽpore contractus interesse verisimiliter subesse, tamen non apparet quantum sit, & ideo respectu quantitatis fraus fieri posset, adeo vt de ea aliter quàm per partium assertionem apparere debeat.* Y a Baldo refirio y siguio juntamente Anania in cap. nauiganti, nu.62. versi *& ideo concludit,* extra de vsuris quos & Purpuratum & alios sequutus, etiam est Vincent. Carrotius de locato, par.1. sub tit. de natura locationis. quęst.2. de lucro cessãte conuentionali, nu 3. qui nu.4. ait. *Quod melius erit conuenire ab initio in incerto tantum, & postea liquidare iuxta doctrinam Ancharrani Regiensis, quæst. familiari.33. par.2.* Y en el nu.6. se declara (post eundem & alios) de q̃ es necessario para sustentar semejantes conciertos y pactos, q̃ el acreedor sea mercader y acostumbrado a negociar y grangear. Y porque se vea como los Authores del Reyno sienten y tienen tãbien, que deue ser moderada (en la forma que vamos fundando) la dicha segunda y vltima opinion (sobre que no es reprobado stipular interesses) sera bien ponderar las palabras del señor Presidente Couarruuias (que la siguio) el qual en el lib.3. d̃ las varias, cap. 4. nu.5. sub versi. *Septimo eãdem inspecta radice,* post medium sic, ait *Nihilominus si certa quantitas deducta fuerit in pactum, quæ verisimilibus conjecturis conueniat quantitati quæ vere inter sit, valebit profecto conuentio in vim probationis deductæ ex verisimilibus conjecturis, quod tenent Baldus in .d. §. si tibi, & inibi Purparatus, &c.* Por manera que no se contenta con la stipulacion y pacto en forma de tales, sino se ayudan y comprueban por otros caminos: y despues de el Barbosa en el principio d̃la .l.2. ff. soluto matrimonio, nu. 43. circa

finem,

finem, auiendo alegado antes muchissimo dize lo siguiente. *Pro concordia tamen harum opinionum dicendum est non sufficere in instrumento dotali quid promitti vxori, nomine interesse si dos non soluatur, neq; illa poterit obtinere solo instrumento dotali nitens, sed si articuletur & probetur interesse damni emergentis vel lucri cessantis, &c.* Post modumque repetit sub dens. *Si igitu mulier in petendo interesse nitatur sola promissione facta in instrumento, non audietur quasi vsuram petat, si autem articuletur & probet interesse, &c.* ¶ Sobre todas las quales alegaciones añadimos otra bonissima para nuestro proposito, de Caualcano in decisione Fiuiz. 35. par. 1. donde en el nu. 16. pone estas palabras. *Si autem iura permittunt interesse tunc aut istud interesse reperitur a lege vel statuto taxatum aut non, si non est taxatum (vt in mercatore vxore & negotiorum gestore) tunc non potest per pactum taxari, & taxatio facta attendi non debet, & instrumentum tunc non dicitur liquidum nec meretur executionem, &c.* Y auiendo citado alli a Marino Freccia, ya Ploto y Zephalo, Rolando, y Crabeta, buelue a repetir lo mismo con Philippo Decio, y otros, en el nu 23 Y ansi vendra a ser considerable juntamente, para la conclusion deste tercero defecto ponderar, q̃ en España no ay leyes ni estatutos que tassen las ganancias de las quantidades prometidas en dote, cuya paga se retiene, ni aun las auia para los censos en el año, de 1529. (que fue quando dize el Conde auerse otorgado su escriptura) vt patet in titulo. 15. lib. 5. nouæ compilat. ¶ Y como quiera q̃ si concediessemos poder los contrayẽtes dar nombre cierto al tanto mas, quanto de los interesses de sus negocios, y de las pretensiones de sus reditos y grangerias, resultârian muchas fraudes ê inconuenientes, no sera justo concedello ni admitillo, haziendo a las partes juezes y tassadores a principio de lo que entonces no â corrido ni succedido, y puede variarse con mil diferencias y circunstãcias, especialmente que abriendo la puerta a esto, y a tener por valederos y executables semejantes pactos y stipulaciones, el mismo rigor obraria que se deuiesse hazer execucion a razon đ treynta o quarenta por ciẽto como los rezase el contracto, dãdo lugar a conocidos logros y vsuras, sin que obste responder que el juez tendria mano, election y moderacion con su buen arbitrio, porque en dãdolo no ay via executiua, y en el proprio puncto, y por el mismo caso lo remitiriamos a probanças y aueriguaciones de lo que vuiere auido, y de las suertes y tratos de las personas, pues por aqui se â de regular: y con esto resumiendo lo dicho, sera en substãcia el enquentro de las dos opiniones de arriba, en que la primera de Ioan Andres y sus sequaces, haze illicito el negocio por solo que tenga stipulacion de interesses. Y la segunda y contraria q̃ fue de Paulo đ Eleazar, y otros, no lo reprueba porque aya tal pacto, ni aunque sea de quãtidad determinada y cierta. Sin embargo de que no se â de hazer caso de la expression ni nombre della, ansi para executar como para condẽnar.

113 *No porq̃ sea licito lleuar en algunos casos interesses, puedẽ tassar ni declarar las partes el quãto dellos, mientras no estuuieren tassados por ley, o estatuto.*

114 *Si se diera lugar a lo contrario vuiera muchos excessos, fraudes è incõuenientes.*

115 *Poniẽdolo en arbitrio de juez, se reincide en el mismo intento deste defecto tercero, y venimos a conseguir lo que pretendemos.*

El quarto defecto principal, se endereça contra el tiempo q̃ â corrido

116 *4 Defecto sobre q̃*

en muriendo doña Magdalena Pacheco, y dissoluiendose el matrimonio cessô el poderse lleuar reditos (aũque antes vuierã podido lleuarse justamẽte) por faltar la razon fundamental q̃ cõsiste enlas cargas matrimoniales.

âcorrido y va corriendo despues que se disoluio el matrimonio deste pleyto, y fundaremos en el discurso del, q̃ aũque mientras durô estar casados don Pedro Portocarrero y doña Magdalena Pacheco, se vuieran podido lleuar los reditos sobre que se litiga. Pero que con la muerte della cessaron luego, y no se pudieron ni pueden cobrar mas, lo qual se ajusta marauillosamente con las razones expressadas en los textos desta materia, porque el cap. salubriter de vsuris (que es el capital del derecho Canonico) dize: *Ad onera matrimonij supportanda*, y la .l. siquis pro vxore. 22. versi. aut §. si vxor, ff. de donat. inter vir. & vxor (que lo es del derecho ciuil) *si vxor* (inquit) *viro dotem promisserit, & dotis vsuras: sine dubio dicendum est vsuras peti posse, quia non est ista donatio cũ pro oneribus matrimonij petantur.* Y assi cessando la razon que es anima de los Canones, y de las leyes, â de cessar tambien la disposicion y permission, ex regu. cap. cum cessante de appellat. l. adigere, §. quamuis de iure patronatus, mayormente que en los terminos de que hablamos lo prueban la .l. cum post. 70 §. 1. ff. de iure dotium, ibi, *Ad exhibitionem vxoris promissis vsuras, reuersus vir improbê petit.* l. in insulam. 43 §. vsuras, ff. soluto matrimo. ibi, *Alioquin si patris sumptibus exhibita sit inanis vsurarũ stipulatio compensationi non proderit.* l. creditor, 60. §. si inter, ff. mandati. l. pater. 17. in principio de doli mali & metus except. facit tex, in .l. titia scio. §. vsuras, ff. delegat. 2. quam citat ad propositum Roland. d. consi 55 nu 3. vol 2. qui hoc iddem prosequitur in tract. de lucro dotis, quæst. 68. ex nu 5. Y que las cargas del matrimonio sean la razon fundamental de poderse prometer y lleuar interesses, y en no auiendolas y cessando, cessen ellos, lo prueba lata y elegantemente Pedro Surdo in tract. de aliment. tit. 1. quæst. 42. nu. 30. cum pluribus seq. ex versi *Hæc conclusio sicut supra firmata*, fol. 39. refiriendo a Baldo, y Alexandro y a otros infinitos Doctores. Lo mismo tienen Villagut. de vsuris, quæst. 22. conclu. 4 nu. 5. y Iacobo Puteo, decisio. 324. part. 1. Croto in repet. d. cap. salubriter, nu 6. & 23 Barbosa, in .l. 2. in principio nu. 40. ff. soluto matrimonio, y muchissimos mas que se pudieran alegar.

117

El derecho de lleuar interesses, o fructos por la dote retardada, no compete ni passa a los herederos.

De aqui nace, que el derecho de lleuar fructos o reditos por la dote retardada, no passa a los herederos, firmauit Abbas antiquus in .d. cap. salubriter dicens. *Intellige constante matrimonio nam soluto matrimonio, siue vir teneatur, siue vxor, siue infantes ex matrimonio tali suscepti, fructus (ipso iure) dotis diminuerent quantitatem, cum ibi cesset ratio decretalis, &c.* Tenuerunt iddem, Hostiensis, nu. 6. & 7. ad interpretationem verbi, *supportanda*, & post illum, & Ioan Andr. quos citat Laurentius de Rodulphis in tractatu de vsuris, quæst. 51. nu. 34. versi. *Sed quid hæredibus* (animaduertens etiam quod *Soluto matrimonio desinit esse dos*) Capistran, in eodem tract. 1. part. 2. partis principalis in rubrica, *An fructus percepti per generum*, nu. 21. & 22. & Diuus Antoninus Archiepiscopus,

§. 28.

§. 28. nu. 45. sentit. Anania in precitato cap. sub nu. 6. versi. *Finaliter Dom. Flo.* clare & bene, Ioannes Crotus videndus, ibidem nu. 29. & 31. cuius lectura reperietur in 4. vol. repetit. Canonicar. Chassenę⁹, in consuetudinib⁹ Burgūdię rubri. 4 §. 23. nu. 16. in medio versi. *Primo videlicet in vno casu*, qui inter alia sic ait, *Hæredes non possunt petere arreragia nam vsuræ non debentur ex dote, nisi propter onera matrimonij, &c.* Refert eum & sequitur Vrsill. ad Mathęum de Afflictis decisio. 284 nu. 2. additque Nicosantium & Gratum. Por el mismo camino va Cāpegio, in tract. de dote, dotisque constitut. & eius priuilegijs, quæst. 81. nu. 10. versi. *Quartum verò.* Affirmando y diziendo: *Quod cap. salubriter, extra, de vsuris non procedit in hærede mariti, secundum Innocent. & Panormit.* Y a estos vltimos Doctores cita tambien para el proprio punto Villagut. vbi supra proxime nu. 13. conclusi. 11. addens Silvestrum in summa verbo vsura 3. nu. 6. & Bartholū in .l. at qui natura. 20. §. non tantum de negot. gestis. Con los quales podemos juntar a Negusancio đ pignoribus. 5. par. principali, membro 5 nu. 16. versi ista tamen. Y a Octauiano Osasco, decisio. Pedemonta. 132. nu. 7 Y a Geronimo Gabriel, consi. 20. nu. 86. vol. 2. Y a Ruino, consi. 162. nu. 3. lib. 5. Y a Castillo in .l. 29. Tauri. nu. 37. (quem referendo sequitur Aluar. Velascus .d. consult. 8. nu. 4) Y a Caualcano, decisio. 3. nu. 30. & 31. par. 1. 118

Distinguense los terminos deste pūto, formando dos miēbros

Mas para que no se quede esto sin digerir y distinguir, sera bien que consideremos y propongamos las diferencias y successos q̃ ay y puede auer en disoluerse los matrimonios, y en pedir y cobrar las dotes de qualesquier personas y herederos, actiuê, & pasiuê Y assi haziendo dos miembros principales, cadaqual dela muerte del vno de los casados, y començando por lo mas facil dezimos, que muriendo primero la muger, si todauia al marido se le restaua deuiendo la dote (por los suegros o otros prometedores della, que la heredan) claro esta que no â de lleuar interesses ni ganancias desde alli en adelante, porque ya no es acreedor, y por auer cessado y cessar las cargas matrimoniales, confundiendose juntamente las acciones dela cobrança y paga, lo qual es caso indubitable, y no tiene que ver con el nuestro. 119

Quando la muger muere primero, y al marido se le deuia la dote porquiē la viene a heredar cessa luego el curso delos reditos.

Pero si el marido estaua ya pagado, y deue hazer la restitucion de la dote a los herederos de la muger difuncta, tambien corre con llaneza, que siendo estos hijos de ambos a quien el padre tenga debaxo de su patria potestad, no solamente no les deue ganancias ni interesses, sino q̃ antes el vsofructo es suyo del, y que ansi mismo le pertenece de los bienes aduenticios, vt in integris titulis, C. đ bonis maternis, & C. de bonis quæ liberis. 120

Si el marido tenia recebida la dote, y esta la heredā sus proprios hijos (por muerte de la muger) no les deue ganancias.

Y aunque para en quanto a poder quitarle la hazienda sera differente que los tales herederos sean estraños, o por ventura hijos de otro primero matrimonio que la muger vuiesse tenido, o velados, o emancipados, con todo esso respecto de lo que tratamos, no vendra a ser de misterio ni momento (a lo menos por el cami- 121

Tāpoco se pueden deuer reditos (por

la via del cap. Salubriter) â herederos estraños de la muger difûcta.

el camino y materia dl cap. salubriter, pues emano y procede en fauor dlos maridos, mediãte la razon dicha, y esto es lo q̃ resoluio Caualcano, in .d. decisio.3. nu.30. & 31. probando que no se deuen reditos a los que heredan de la muger, aunque fuessen menores, o Vniuersidad o Yglesia, y diziendo en el nu.33. ser mas claro que la propria luz, como en hecho de verdad lo es, no concurriendo todas las circũstancias de interpellacion y mora, y de daño emergente, o lucro cessante, que puedan justificar interesses en qualesquier otras deudas, porque esta no tiene particularidad ni ventaja alguna, so color de que mientras duró el matrimonio fue dote, cuyo nombre y ser perdio en disoluiendo se, de quo tamen statim agemus.

122

Quando el marido por muerte de su muger es successor en la dote, si los suegros ò otras personas seladeuiã con interesses, cessan estos desde el pũto que el succedio y ella murio.

Otro caso ay ajustado totalmente al nuestro, quando (retento eodem themate) por muerte de la muger succede el marido, en lo q̃ se le mando y prometio con ella, y no lo auia cobrado de los suegros antes se lo deuian con ganancias, en los quales terminos habló galanamente Ioan Croto in repetitione cap. salubriter, nu 31. decidiendo este pleyto en fauor del Marques, y diziendo. *Addite iddem eße in marito qui mortua vxore ex forma pacti, vel statuti lucratur dotem, nam fructus percepti, ex fundo hipothecato imputabuntur in sortem. Cum non substineat onera matrimonii, cum vxor mortua sit, ceßante enim causa priuilegij ceßat ipsum priuilegium. l. plane iuncta. l. sicut, ff. de operis libert. &c.* Y no ay minuto de diferencia en que la sucession del marido se funde en estatuto o pacto, o en que la muger lo dexe por heredero, supuesto, que de todas maneras se està en pie la razon de faltarle, y cessar las cargas matrimoniales, conducit regula tex. in .l. fin. §.1. ff. ad legem Rhodiam de iactu, ex qua Iasso, cæterique scribentes, in .l. siquis quem quã §. fin. ff. siquis cautionibus notant quod actio alicui competens extinguitur si ex post facto cessat interesse.

123

Dexando hijos de aquel matrimonio la muger (cuya era la dote que sus padres o otras personas deuiã al marido con reditos) es muy probable q̃ van corriẽdo, por que con la criança y sustento dellos le duran toda via al padre las cargas matrimoniales.

Vna cosa sola parece que puede quedar (en este primero miembro de quãdo la muger muere) y es, si dexasse hijos de aquel matrimonio, porque como quiera que ellos son reliquias del, no se dira que estauan acabadas sus cargas mientras viuiessen y durassen, pues dura juntamente la obligacion de alimentallos, y criallos: y assi vemos que se les passan los priuilegios de la dote .l. asiduis, C. qui potiores in pignore habeantur, § fuerat, institut. de actionibus .l. etiam filios in principio ff. soluto matrimonio, tradunt Bart. nu. 4. & 5. & post eum alij nouiores in .l.1. illi⁹, tit. vbi Ruinus nu. fin. Paul. & Iasso, nu.19. Baldus, & alij in .l.1. C de priuileg. dotis. En cuya consequencia y conformidad no â faltado quien diga, que si al marido le quedan hijos, puede yr lleuando reditos de la dote que se le prometio y no â cobrado, vt videre licet per Cumiam, in ritibus Siciliæ, cap.94. fol.443. nu 22 & per Antonium Guib. & Beroium, rellatos & sequutos a Caualcano, decisio.26. nu.25. colum.2 par 3. qui ita iudicatũ fuisse testatur, firmat idem Brixianus in repertorio ad eundem

eundem Caualcanum sub verbo. fructus, versi. ante penulti. incipiente fructus dotis in restitutione dotis, ibi. *Secus mortua vxore relictis filijs quia ad huc onera matrimonij vigent, & debetur interesse, vt dicit Cumia. &c.* Ac post modum addit conducere plotum in .l. si quando, nu. 451. versi. si vero, & nu. sequen. C. vnde vi sentit etiam Vincent. de Frãchis decisio. 283. nu. 14. par. 2. Loqual no queremos aqui controuertir, pues nos fauorece y ayuda el fundamento de ello. demas de ser cosa bien razonable y justificada (sin embargo de la decision de Viuio, 423. lib. 3.) mas ase de entender en caso que la accion de dote resida en la persona del marido (auiendosele hecho a el la promessa, y no auiendola cedido a los hijos en pago dela herencia de la madre, quod est necessarium, vt in .l. si prote pater. 5. alias incipit si pater, C. de dotis promiss. & in .l. si socer, §. lucius, ff. soluto matrimonio, Corne. consi. 153. in principio vol. 4. Franchis decisio. 33. par. 1.) porque si ya no fuesse acreedor importaria poco que lleuasse qualesquier cargas, respecto de q̃ no siendole deuido lo principal, mucho menos se le podrian deuer ganancias. 124 *Esto vltimo se à de enteder, en caso que la acciõ para la cabrança de la dote resida en la persona del marido.*

El otro miembro y cabeça desta distincion es, quãdo se truecan las suertes, y succede morir primero el marido quedando la muger biua: en los quales terminos ay tãbien sus differencias de casos, y para declarallos consideramos, que si al difuncto le yuan corriendo interesses o fructos contra la persona q̃ le mandô la dote, y esta la â de auer la biuda de los nueuos herederos, no falto quien propusiesse, que podia continuarse lo mismo en fauor de ellos y contra el deudor, durante el año dela dilation, que se les concede, para pagar (juxta .l. vnicam, §. exactio. C. de rei vxorię act. cum similibus) supuesto que ansimismo tienen obligacion de alimentar otro tanto tiempo ala acreedora, gloss. verbo. facto in .l. diuorcio. 8. ff. de soluto matrimonio, Barbosa in .l. 2. eiusdem titu. ex nu. 16. in princip. par. 1. Pinel. in .l. 4 nu. 5. C. d̃ bonis maternis, Gomez in .l. 50. Tauri. nu. 4. Surd. de alimentis, tit. 1. quæst. 44. Gracian. reg. 497. & infra repetemus. Pero sin embargo desto, y de parecer que durã por entonces las cargas matrimoniales, respondieron el Cardenal Hostiense, y sant Antonino Arçobispo de Florencia, Negusantio, y Casseneo, Villagut. y casi todos los Doctores que dexamos referidos, no deuerse interesses ni reditos a los tales herederos aunque alimenten a la muger, porque pudieron librarse della pagandole luego, demas de que en efecto cessô el matrimonio: y es esto en tanto grado verdad, que nadie de los que auemos visto q̃ lo tocaron tuuo lo contrario. Antes por otra parte â sido y es opinable y probable, q̃ si el marido mismo no cobro las ganançias dela dote corridas mientras viuio, y durò el casamiento, tãpoco las puede cobrar su heredero, ex .l. vir. vsuras. 55. de donat. inter vir. & vxor, de quo videndi sunt Romanus, consi. 517. nu. 16. Decius con. 571. Ant. Gomez in .l. 50. Tauri, nu. 30.

125 *Comiençase à tratar de quãdo muere primero el marido.*

126 *Las ganancias o frutos que yuã corriẽdo en fauor del marido, no se continuã en fauor de sus herederos aũ por solo el primero año durãte el qual alimentan ala biuda.*

127 *Si el marido no cobro en vida las ganancias que le corrieron, ay quien diga que tampoco las pueden cobrar sus herederos.*

nu.30. ad finem, Octauianus decisio. Pedemont. 132. Aluar Velasc. consult. 84. nu. 3. Surdus de aliment. tit. 1. quæst. 42. nu. 111. cum multis sequent. Barbosa in .l. quæ dotis. 34. nu. 50. & 51. ff. soluto matrimonio. La qual question presupone, que despues de la muerte, y de estar disuelto el matrimonio, no ay que tratar de interesses en fauor de los herederos: Y tambien dixo Baldo sobre la rubrica, C. de vsuris, quæst. 4. ser tan personal y proprio de los maridos el derecho de lleuallos, que no lo pueden ceder ni traspassar a otra persona, defendunt latè Velascus .d. consult. 8. nu. 6. & 7. Petrus Surdus consi. 269. & vbi supra proximè nu. 22.

128 *El derecho de lleuar reditos fue personal y proprio en el marido.*

Otras vezes vemos que la muger que queda biuda, â de cobrar y auer su dote de sus mismos padres, o de otras algunas personas que se la prometieron y mandaron, respecto de no tenella pagada en vida del marido a quien yuan dãdo reditos, hasta que murio (quod euenire potest, vel ex eo quod stipulatio aut promissio forte in caput mulieris concepta fuerit, vel quia actiones ei cessę sint ab hæredibus viri secundum tradita supra nu. 124.) Y en estos terminos con ser harto mas fuertes que los nuestros, dezimos, que desde el tiempo en que se disoluio el casamiento, cessa juntamente el curso de las ganancias, vt palam fit ex pulchro consi. 221. Caroli Ruini incipit circa casum. vol. 1. quem referunt & sequuntur Phanucius de lucro dotis in gloss. verbo restituenda, nu. 37. in fine, & nu. 38. Zephalus consi. 56. nu. 50. vol. 1. Caualcanus alios addens decisio 26. nu. 25. colum. 1. in fine par. 3. Surdus de alimentis .d. tit. 1. quæst. 42. ex nu. 64. Para cuya declaracion ê induccion se aduierte, que en el caso de aquel consejo vn padre prometio cierta quantidad de dote a su hija, sin hablar la promesa en fauor del yerno, y aunque se celebro el matrimonio, y se fueron sustentando sus cargas, fundan estos Doctores, que no pudo auer aqui lugar de lleuar interesses en fuerça del cap. salubriter, porque al marido no se le prometio cosa alguna (ni pudo constituyr en mora al suegro con el sustento de su muger, no siendo acreedor) y a ella tampoco no se le deuian, sino es que por otra parte uenia a justificallos, interpellando y haziendo diligencias bastantes para poderlos causar en qualquiera otra deuda: y lo que mas es, pone Pedro Surdo en larga disputa si se deuerian alimentos o reditos, puesto que la muger vuiesse dado expressamente en dote a su marido aquella accion y derecho que tenia? De donde resulta, que no solo despues de disuelto el matrimonio no deuen los padres ganancias a la hija de la cantidad que le mandaron para su dote: pero ni aun por el tiempo que estuuo casada, siendo ella la verdadera y sola acreedora, como de necessidad lo viene a ser quando biuda, en los terminos que lleuamos.

129 *Si la muger biuda ade cobrar la dote de sus padres (que no la auiã pagado en vida del marido) no le corren las ganancias y reditos que a el le corrian durãte el matrimonio.*

Con lo dicho se apoya y comprueba la doctrina de Bart. in .d.l. at qui natura, §. non tantum de negotijs gestis, q̃ hablando en el

130 *Quãdo an de pagar la dote los herede-*

en el caso contrapuesto, y yẽdo con lectura de que estaua pagado en su vida el marido difuncto, dize que los herederos q̃ dexa, no deuen a la muger interesses de la dote, ni ella los puede lleuar licitamente, eandem sententiam firmarũt iidem Bart. pluresq; alij ex scribentibus in .l. in insulam, §. vsuras, ff. soluto matrimonio, Hostiensis in .d. cap. salubriter, nu. 7. & in summa sub tit. de vsuris, §. in aliquo versi. sexto, vbi consulit mulieri ne accipiat pign⁹ ab heredibus viri, sed potius faciat distrahi alioquin fructus extenuabunt sortem. Paul. in .l. titia. 48. (vbi bonus tex.) ff. de solut. loquens de muliere moram passa in restitutione dotis, & Angelus, ibidem nu. 3. testatur ita multotiens de facto obseruatum, dicunt communem Grammaticus, decisio. 103. nu. 91. Afflict. decisio. 284 nu. 1. & communiorem Plotus (Socinum referens) in repet. l. si quando, C. de vnde vi. §. 11. nu. 24. pag. 151. agnoscũt Couarru. lib. 3. var. cap. 1. nu. 3. versi. sexto hinc etiam, & Thesaur. decisio. Pedemont. 43 nu. 2. Surdus .d. tit. d̃ alimentis vidẽdus pręcipue nu. 11. & 14. probatq; veriorẽ radicit⁹, & ex professo Barbosa in .d. l. 2. in principi. nu. 40. 41. & 42. cum alijs ff. soluto matrimonio, Palacios Rubios in repet. d. cap. per vestras, 6. notabili in princip. nu 8. ante medium. Y aunque esta opinion no passa sin contradictores: pero la razon dellos no es ni puede ser la del cap. salubriter (videlicet quia vidua; *Substineat onera matrimonij*, expendit Ant. Rubeus consi. 55. & patet ex supra relatis) sino su soledad y biudez, y auerse de sustentar de lo que se le deue occasione dotis, y que si se le pagara podia con facilidad emplearlo en censos: lo qual es en efecto occurrir a lo general del lucro cessante, o daño emergente, como lo hizo Couarru. lib. 3. variar. cap. 1. nu. 3. versi. *Sexto hinc etiam* in fine. Y se ve por lo que dizen Surdo nu. 28. & sequent. y Ant. Thesauro, en los lugares donde van alegados, y assi faltando la justificacion por esta vereda, no à de dar se especialidad ni priuilegio a las deudas de dotes retardadas q̃ las biudas han de auer, y nosotros juzgãdolo por los fundamentos cõmunes y aun particulares, probaremos luego en su lugar, que no valen los pactos o stipulaciones de interesses ciertos hechos sobre ellas.

ros del marido (q̃ ya la tenia recebida) no se deuen a la muger interesses ni ganãcias della, alomenos ẽ fuerça del cap. salubriter.

131 *Los que contradizen a lo dicho, no van por la razon particular del cap. salubriter, sino por las cõmunes y generales de lucro cessante o daño emergente.*

132 Vn caso d̃ herederos ay tocado (vt ad intenti prosequutionem reuertamur) bien digno de consideracion, y diferente del referido arriba nu. 123. Y es que quando a la muger le quedan hijos de aquel matrimonio, y el marido difuncto no auia cobrado de los suegros lo que con ella le prometieron, en cuya especie afirma Villagut. de vsuris .d. quæst. 22. conclusio. 10. nu. 12. que toda via yrã corriendo fructos o ganãcias, *Si onera* (inquit) *matrimonij supportarent*, las razones y allegaciones q̃ trae, no son muy apretadas, y pudiera alegar mejor vn consejo 108. de Antonio Rubeo, el qual en el nu. 3. dize. *Et si dicatur, aduerte quia illa pactio, vt ex tenore instrumenti apparet videtur respicere ipsum matrimonium*

Quando el marido murio sin auer cobrado de los suegros, y dexô hijos y muger, ay quien diga q̃ van corriẽdo fructos o ganãcias.

nium ergo soluto matrimonio videtur, quod illi census sint imputandi in sortem, certe licet esset solutum matrimonium tamen hæredes dicti marchionis vt dicitur ministrabant alimenta eorum matri, & sic onera matrimonij, attento maxime quod ex his alebantur dicti filij pupilli, &c. Sobre lo qual mirando al fundamento ê intencion delos Doctores parece que podriamos restringillos a solo el primero año, supuesto q̃ la

133 carga de alimentar ala biuda no passa de el (vt paulo ante admonuimus) y asi enesta conformidad lo entiende, restringe y tem pla clarissimamente Hippolito Riminaldo junior, consi. 451. incipit spectabilis, nu.62. & 63. volum.4. donde no puede dudarse de que hable en hijo cuya madre embiudò, vt patet ibi. *Merito iste Noaria hæres mariti non potest petere intervsuria dotis non solutæ, & retardatæ in recompensationẽ alimentorum, quæ matri prestitit cũ ad ea prestanda non teneretur, & imputet sibi si volluit ea sponte præstare.* Y poco antes auia dicho: *Post annum conclusio formanda est contra eum, & sic quod intervsuria petere non possit, quia finito primo anno dilationis hæredes mariti non tenentur amplius, alere vxorem dato etiam quod mulier non habeat aliunde ex quo sealat ita gloss. Ang. Cuma. Alexan. & alij cõmuniter, &c.* Quinimo, si bien se aduierte a la dicha razon

Otro author lo restringe al primero año de biudez.

134 de alimentos, tambien se aura de limitar y estrechar la opinion d̃ Villagut. y Rubeo a terminos que la muger fuesse pobre y no tuuiesse con que passar, porque teniendo otros bienes para ello no son obligados los herederos del marido a sustentalla, etiam durante. 1. anno viduitatis, vt resoluunt scribentes citati supra nu. 126. cum pluribus congestis ab eis, y lo mismo parece que aura de correr estando renunciada la dilacion del año para la paga, o si esta se anticipasse y ofreciesse: y como quiera que es en mano y facultad de los deudores de la dote el ofrecella y anticipalla, ex reg.l. quod in diem. 70. de solut. & notauerunt in indiuiduo Gregor. Lopez gloss. 3. in .l. 31. tit. 1. parti. 4. Matienzo in .l.3. gloss.2. nu.31. tit.1. lib.5. noue compilat. Siguese que procede y corre de plano tanto en hijos como en estraños lo que dexamos dicho en el nu. y que o no es verdadero, o alomenos es muy peligroso lo que estotros dos Doctores afirman, sin que obste ni sea de importancia el auerse de alimentar los hijos que quedan muerto el marido, porque el sustento dellos no es carga matrimonial de la muger: y aunque lo era en el padre (durante su vida) ya se acabo y cesso con la muerte, faltando juntamente el subjecto y persona obligada a las cargas. Y alias si repararamos en q̃ los herederos vuiessen d̃ comer y passar con la herencia, lo proprio fuera en estraños, y se deuia admitir tambien sin embargo de que muriessen ambos ca-

Teniendo la biuda con que sustẽtarse falta la razon de lo dicho, aun para solo el primero año, y lo mismo estando renunciada la dilaciõ del, o anticipandole la paga.

135 sados, cosas de suyo absurdissimas, vt patet ex superius animaduersis, demas de lo que dize con seguridad Casseneo in consuetud. Burg. rub. 4. §. 23. nu. 5. versi. aut vero, ad finem fol. 192. donde habla de quando son fallecidos el marido y la muger, y auiendo alegado muchos consejos, y en particular algunos de

Muertos marido y muger, no tiene el negocio duda.

Alexan

Alexandro prosigue diziendo. *[ink blot]ctat materiam an hæredes, vel causam habentes possunt per pactum facere, quod ex pecunia dotali debita mortuis viro & vxore soluatur quid annum per hæredes debentis pecunias dotales, & si fuerit deductum in pactum & solutum tanquâm in vim arreragiorum pro dictis pecunijs dotalibus debeat in sortem computari? Ego tenui, & teneo quod ille contractus est vsurarius, & quod debet in sortem computari, & consului in facto contingenti, &c.* Lo mismo siente Villagut.d. quęstio.22.de vsuris, nu.12. conclusio.10. in medio citando a Iosepho Angles, & est de mente Doctorum huius materię. Pues siempre que permiten interesses y reditos, es en fauor del biudo, o de la biuda, sin estenderlo a sus herederos, y puedese considerar para excluyllos la .l. final, C. de bonis maternis, en quanto prueba que durante la biudez, es visto quien perseuera en ella, perseuerar ansimismo en el precedente matrimonio, cuya memoria conserua: luego siguesse que acabados y fenecidos ambos marido y muger, cessa todo el fundamento desta ficcion, y por el consiguiente la causa y razon principal de cargas y ganancias, lo qual puede tambien applicarse a la conclusion d͞ Barbosa in .d.l.2. in principio ff. soluto matrimonio, nu.42. (sub versi. *Infertur etiam ex prædictis annotatio ad tradita per Gratum*) cerca de no deuerse interesses, a la que auiendo embiudado se boluio a casar segunda vez, iam enim abolita est recordatio & figura primi viri, & conjugij, y ansi los herederos no tienen q͞ respectar ni obligacion de pagar la dote con reditos, sino es que como tal boluieron a prometella al segundo marido. quod etiā voluit in effectu Surd.d.tit.1.quęst.45.ex nu.49. Y delas dichas diferencias d͞ casos y razones decisiuas dellos, que dexamos consideradas, se podra inferir la determinacion d͞ otros qualesquiera, y delo que se aura de hazer separandose el matrimonio por diuorcio.

136 *Mientras vive la muger biuda o el marido, se reputa que dura en alguna manera el matrimonio.*

Conforme alo fundado en este quarto defecto, no parece q͞ puede auer duda en que despues d͞ muerta doña Magdalena Pacheco, no corrio ni pudo correr mas la renta de quatrocientas y treynta mil marauedis cada año, en fauor de don Pedro Portocarrero, porque no teniendo como no tuuieron hijos, cessaron totalmente luego las cargas matrimoniales, cuya sustentacion es la razon expressa juridica de permitir que lleuen los maridos fructos o ganancias, vt in .d. cap. salubriter, ibi. *Ad onera matrimonij supportanda*, cum alijs iam supra citatis. Y es de notar, que segun diximos en el tercero presupuesto del hecho, nu.5. tambiē la misma razon fue puesta y expressada tres vezes en la escriptura del Conde, vnde non erit recedendum ab ea imo potius ad illius metam restringi, & limitari debebit dispositio .l. quod dictum vbi Angel. ff. de pactis, Curtius senior consi.9. colum. penult. & confirmat ex multis Tiraquellus de cessāte causa. 1.par. nu.139. facit doctrina Bald. in authenti. nisi rogati. nu.9. C. ad Trebell. & quod verba, & rationes contractus reputantur pro textu, vt post Oldr. & alios dixit Craueta consi.105. nu.2. Con

137 *Applicasse al proposito deste pleyto lo q͞ se â dicho arriba, cōcluyēdo que con la muerte de doña Magdalena pacheco, cesso el poderse lleuar reditos.*

138 lo qual concurre, que aun no durô en la biudez el dicho don Pedro, y aſsi deshizo y borrô haſta la ficcion de perſeuerancia enla figura del primero matrimonio, demas de que los intereſſes que podia pretender enel tiempo de caſado, fueron y ſon muy diſtinctos y diuerſos de los ſiguientes, ſuppueſtô que aquellos erã de daño por las cargas que ſuſtentaua, ſecundum notata in .d. cap. ſalubriter, & infra dicenda. Y eſtotros de quando heredo (aun que ſin perjuyzio dela verdad los vuiera) venian a ſer de lucro, ex .l. 1. C. de imponenda lucratiua deſcript. lib 10 l. mulier, §. ſed enim, ff. ad Trebellianum, gloſſ. in .l. ſi duo de acquirenda hæreditate, verbo: *Scire potuit*, ibi, *Quia originem habet a lucro, &c.* Y fue forçoſo mudarſe en ſi miſmo la cauſa de gozar y poſſeer la dote, pues ceſſô el ſer marido, y el auer caſamiento, y ſuſtentarlo, trocandoſe en el nombre y exiſtencia de ſolo heredero, con la muerte de doña Magdalena, que ſe dexô todo lo demas en vazio, conducunt quæ traduntur in .l. cum nemo. 5. Vbi etiã gloſſ. interpretando illa verba tex. *Nulla extrinſecus accedente cauſa*. C. đ adquir. poſſeſſ. ex quibus confirmatur & elucidatur doctrina Croti (quæ indiuidualis eſt pro nobis) relata ſupra nu. 122.

Los intereſſes que don Pedro Portocarrero pudo pretender eſtando caſado, fuerõ de daño, y los demas (quãdo ſedeuierã) venian a ſer de lucro.

139 Y ſi ſe oppuſiere que la promeſſa y obligacion de pagar la dicha renta, fue juntamente en fauor delos herederos dela ſuſo dicha, vt in facto preſupoſſuimus nu. 6. Reſponderemos facilmẽte, que nõ es nueuo (reſpecto de las circunſtancias y ſubjecta materia) que la palabra *Herederos*, ſignifique a ſolos los hijos y deſcendientes, vt patet in .l. ex facto, §. fin. jũcta gloſſ. & Doctoribus, ibidem ff. ad Trebellianum. Y como quiera q̃ entendiendolo aqui en eſta forma fuera la promeſſa probablemente permitida, y ſi la entendieſſemos de herederos eſtraños, fuera illicita y reprobada, juſto y forçoſo es retener el ſentido y ſignificacion q̃ haze licito y valido el acto, ex reg. l. merito, ff. pro ſocio, & .l. quoties, ff. de rebus dubijs cum vulgaribus, demas de que en terminos ſintio eſta interpretacion Anto. Rubeo in predicto conſi. 108. nu 3. & 4. ſimul junctis, confert .d.l. aſsiduis, C. qui potiores in pignore habeantur cum ſimilibus, & quod notauit Surdus tit. 1. de alimentis, quæſt. 44 ex nu. 70. vſque ad finem, vbi agit de non alendis hæredibus mulieris, & quod ad illos non tranſeant eius priuilegia & nu. 74. ipſam met excludit quando tranſijt ad ſecunda vota.

Objecciõ a q̃ ſe reſponde, probando q̃ la palabra (herederos) ſe à de entender de hijos en la eſcriptura contraria.

140 El quinto defecto que proponemos, nace de auer eſtado en mano de don Pedro Portocarrero, cobrar toda la partida delos ſiete quentos deſpues que ſe cumplieron los quatro años de los plaços pueſtos a ſus pagas: lo qual es indubitable en el hecho, anſi por lo que contiene la eſcriptura del Conde, (referida en el quarto preſupueſto, nu. 5. y tambien en el nu. 10.) como por la regla de la .l. cedere diem. 213. de verborum ſignifi. y del §. omnis inſtitu. de verborum obligat. cum vulgaribus, de mas de que el yr cobrando la renta no paraua prejuyzio a eſta

5. Defecto, ſacado de q̃ deſpues delos plaços pueſtos enla eſcriptura contraria, ſe pudierõ pedir y cobrar los ſiete quentos por entero.

facultad

facultad enlo venidero, sino solamente enlo atrasado y cobrado .l.2. §. non male, ff. de doli except. ibi. *Accipiendo enim vsuras distulisse videtur petitionem in id tempus quod est post diem vsurarum præstitarum, & tacitè conuenisse interim se non petiturum.* De donde venimos a inferir, que aunque por el tiempo en que no pudo pedirse ni cobrarse la suerte principal, pudiera ser licito el pacto y concierto de interesses, conforme a la mas rigurosa opinion contra el Marqs (quam resoluunt Couarr. lib.3. var. cap.1. nu.3. versi. *Quarto hinc poterit,* & Barbosa in .l. de diuisione, 5. nu.71. ff. soluto matrimonio) (no embargante que ansimesmo es muy recebida la contraria, vt ex eis patet, & ex Croto qui securê illam tenet in repet. cap. salubriter de vsuris, nu.25.) pero llegando a que sea como aqui fue en eleccion y mano de el acreedor cobrar lo que quisiere, el negocio se haze reprobado ê injusto, y lo es el auer lleuado, y querer lleuar ganancias y reditos. Para cuya demonstracion es bien repetir lo tocado, de passo en el dicho nu.110. sobre que la justificacion de los censos redimibles, y el librallos de ser contractos vsurarios, y differenciallos de los emprestidos, o mutuos, consiste en q̃ la quantidad y suerte principal passe en el dominio del censatario, enagenandola; y echado de si el dueño que la tenia, sin esperança de recobralla ni boluella a ver de la propria forma, mientras el deudor no gustare de otra cosa, y si esto no corriera ansi, fuera verdadero mutuo, y el dinero que lleuara demas de lo recebido, auia de ser por la retencion y vso temporal, y por el consiguiente viniera a ser verdaderissima vsura, declarauit optime Cauallinus de contractibus, nu.17. & 351. a quo transcripsisse videtur Felicianus de censibus, lib. 2. cap. 4. nume. 14. cuius hæc sunt verba. *Ergo substantialis differentia inter censum, & mutuum procedit ex ea radice quod census vera emptio est, & in eo sors & pecunia ab alienatur a dante, fitque accipientis absque vlla prorsus spè repetendi, quia venditor census cogi compellique non potest, vt prætium restituat aliquando, eoque maxime consistit iustitia huius contractus: at in mutuo accipiens tenetur restituere pecuniam, non eandem numerò quàm accepit, sed aliam pecuniam eiusdem qualitatis ad idque compelli potest, &c.* Por manera, que el lleuar y stipular reditos, no se compadece con poder el acreedor pedir toda la deuda, lo qual se fortifica aduirtiendo, que si alguno en su testamento manda a otro mill o dos mill, y que mientras no le fueren pagados le vaya dãdo el heredero la renta ordinaria dellos, con todo esso no le es licito lleualla, respecto de q̃ pudiera hazer la cobrança de lo principal, notatur per Bart. & DD. in proposito .l. 3. §. fin. ff. de annuis legatis, Palacios Rubios in repet. d. cap. per vestras. 6. notabili in princip. nu.8. ad finem, Couarr. nu.9. vbi supra. Ioa. Crot. in .l. nemo potest, colum.2. & ibi Guterrez, nu.104. ff. de legat.1. Peregri. de fideicõmissis, arti.11. nu.78. Did. perez in proemio; tit.2. lib.8. ord. fol.21. Alex. consi.27. nu.3. & 5. vol.4. Simon d' Pretis, de interpret. vlti. volũt.

141 *No vale el concierto de reditos è interesses, hecho en fauor de aquel en cuya mano esta pedir la suerte principal y de aqui nace la justificacion delos censos.*

142 *No vale la disposiciõ del testador sobre q̃ su heredero pague vn tãto correspondiente por año (a quie el hizo la ũa mãda) entretanto q̃ no le pagare toda la cantidad della, porq̃ si el legatario la puede pedir y cobrar, no son cõpati*

bles ni licitos los interesses, y esto procede en terminos de dotes.

volũt. lib. 2. dubit. & solut. 2. nu. 130 cũ sequentibus pag. 226. Barbosa in .d.l.2. in principio nu. 41. ff. de soluto matrimo. pulchrè & latê Menoch. consi 441. per totum thomo. 5 quem & aliquos alios refert nouissime Alexander Raudensis, responso. 39. nu. 18. lib. 1. Y es de notar que los mas destos Doctores y otros infinitos a quien refieren, hablan en dotes, y reprueban la cobrança de reditos dellas, solo por la facultad de pedillas y cobrallas todas enteramente, y porque quien dilata esto es visto poner la proa en la ganancia ê interesses, y como prestar al deudor por este respecto la quantidad que le dexa retener pudiendo quitarsela, y pues procede lo dicho contra disposicion expressa del testador (q̃ alias suele tener fuerça de ley) vt in auhent. de nuptijs, §. disponat, collat. 4 quãto con mas llaneza se aura de conceder contrà stipulaciones vagas è indefinitas de reditos ciertos, sobre deudas de dinero y quantidad, que auiendo dilacion y plaços para las pagas son tã sospechosas, mayormente q̃ el difuncto q̃ mãdo el legado y q̃ se diesse renta del, mientras no se pagasse, pudiera dexar mas lo que quisiera, añadiendole lo q̃ auia de rendir al respecto en quinze o veynte años, y sin embargo, por vsar de camino reprobado y repugnante en derecho, y querer que aquel en cuya mano està el pedir la suerte principal pueda lleuar ganancias, no se admite, como si mãdara qualquiera otra cosa contra las leyes (exempli gratia que el vsufructuario no diera fianças, secundum Peregrinum post alios qui supra) y asi no parece que ay causa ni razon de differencia, para que dexe de ser lo proprio en nuestro caso, cuya razon y fuerça sintio y probo Couarruuias dicto lib. 3. var. cap. 1. nu. 3. sub versi. quinto eodem iure, hablãdo de promessas de dotes hechas en fauor de los maridos, que son los terminos deste negocio, y diziendo entre otras cosas: *Cum iustiori sanè causa habeat locum perceptio fructuũ alterius ve quantitatis loco interesse quando libera ex pacto datur facultas ipsi debitori fruẽdæ sortis, quam si creditori licitum esset eam quocũque die petere, quod est omnino ad notandum ex Panormit. in .d. cap. salubriter, Inmola & Romano. in .d. §. vsuras, Baldo Nouello, &c.* Y Alexandro, y Menochio, Barbosa y casi todos esotros tratã de la muger biuda que tiene facultad de repetir y cobrar el capital con que fue dotada.

A lo qual ayuda ver, que si en el caso deste pleyto diessemos lugar a dezir, que pudiesse auer sido y ser licito lleuar la dicha renta de quatrocientas y treynta mil marauedis por año (almenos despues de disuelto el matrimonio) fuera conceder vn ab-

143 *No puedẽ deuerse interesses no auiendo tardança o mora en el deudor.*

surdo notable, y vn monstruo de naturaleza, permitiendo interesses y ganancias, sin precedencia de mora, que seria como dar vn hijo sin madre, vnde nec exigi nec deberi possunt .l. cũquidam. 17. §. si pupullo, in fine ff. de vsuris, Franscisc. Aretinus, consi. 151. colum. 3. versi. ad secũdum dubium, Aymon Crauet. consi. 87. nu. 5. & consi. 470. nu. 9. & consi. 505. nu. 6. decisio. Ge

nue.

nuę.139. nu. 4. & 5. Ant. Gabriel sexcētos referens, lib.3. suarum cōmunium sub tit. de solut.conclusi.10. Mascard. de probat. conclusi.934 in nouissimis, nu.34. Para cuya total declaracion y sacar este puncto y defecto quinto de cimientos, opponemos y argumentamos contra lo dicho dela famosa .l. lecta 40. cū sua materia, ff. si cert. petatur, donde se prueba que pueden hazerse conciertos de que lleue el acreedor fructos o reditos durante la dilacion y plaços concedidos al deudor, siendo ansi que hasta que passen no se incurre en tardança o mora, vt patet in illo tex. ex versi. sed cum sortis vsque ad finem. Iddem probat expræssa .l. lucius.24 ff. depositi, ibi. *Sed & contra bonam fidem & depositi naturam est vsuras ab eo desiderari temporis ante moram*, & infra, *Si tamē ab initio de vsuris præstandis conuenit, lex contractus seruabitur.* Item se oppone, que en este caso no podemos dezir que enlos deudores dela dote de doña Magdalena Pachecho aya dexado de auer mora, porque auiendo como vuo dias y plaços señalados para las pagas, parece que la causa el transcurso dellos, cum certi iuris sit diem interpellare pro homine. vulgata .l. magnam. C. d. contrahenda & cōmittenda stipulatione, & cap. potuit. de locato cum similibus, decisio. Genuę.144. nu 2. & sequen. vbi probatur fortius constituere in mora lapsum temporis quam interpellationem creditoris. ¶ La solucion destas objecciones se facilitara trayendo a la memoria aquella disticcion vulgar de los interesses, con que se differencian entre si, por ser como son vnos de daño emergente, y otros de lucro cessante, notatur passim ab scribentibus, & pręcipue in .l. vnica, C. de sentent' quæ pro eo quod interest. El que tienen y pueden pretender durante matrimonio los maridos (a quien se retarda la paga delas dotes prometidas) es interesse de daño respecto de el que se les sigue por yr sustentādo las cargas matrimoniales; Couarr. post plurimos .d. lib.3. var. cap.1. nu.3. versi.1. ad medium, vbi citata iam .l. pro oneribus, C. de iure dotium ait, *Quam obrem de damno euitando agit maritus fructus pignoris præcipuos habens non de lucro acquirendo, &c.* Iddem notat Barbosa (addens Rolandum Cauallinum & alios) in .l. de diuisione.5. nu.2. & 10. ac sæpius, ff soluto matrimo. Con lo qual se â de juntar otra differencia y distinccion que se suele hazer entre las tardanças o moras, dandoles a vnas nombre de yrregulares, y a otras de regulares. La tardança o mora regular se incurre y contrahe reipsa, en los contractos y negocios correspectiuos, donde cada vna de las partes â de cumplir algo por recambio y retorno de lo que haze la otra, y en estos desde el proprio puncto que yo cumplo lo q̄ me toca, constituyo al otro contrayente en mora, para que tambien haga lo mismo en quanto a si l. Iulianus, §. ex vendito. & §. offerri de act. empti.l. curabit. vbi DD.C. eod.& hanc moram vocat fictā Paulus de Castro in .l.2. in principio, C. de vsuris, illiusq; naturam explicuit aliquatenus gloss. in .l. sed & si, §. fin. ff. illo

144 *Dos objecciones a q̄ responde abaxō.*

145 *Los interesses que tiene el marido por no pagarle la dote durāte el matrimonio, son de daño emergente.*

146 *Distinccion de tardanças o moras, q̄ vnas son regulares, y otras irregulares.*

met, tit. ¶ La otra mora regular es, quando ay pleyto o interpellacion de qua in .l. si ex legati causa,& per Bart. in l. insulã. ff. de verborum obligat. ipsum & alios in .l. vinum, ff. si cert.

147 petatur. de aqui nace, que en casandose el marido, y teniendo consigo a su muger sustentãdola junto con las demas cargas del matrimonio, los prometedores de la dote aunque no se les pida ni sean interpellados, estan en mora mientras no la pagan, por traer el negocio consigo vna correspectiuidad y obligacion reciproca, en que ellos se obligan a pagar, y el a sustentar. Alex. consi.147. perspectis, volum.5. Ioa. Crotus in repet. cap. salubriter de vsuris. nu.23. Barbosa, latè & ex professo. vbi supra proxime, nu.9. cum multis sequentibus, cui & cæteris ab eo con gestis addendus est Petrus Surdus de alimentis, tit.1. quæst.42. ex nu.133. Por este camino se justifica el poder llenar y pedir los maridos los dichos interesses de daño emergente en estando

En casãdose el marido y sustentando las cargas matrimoniales, constituye en mora a quien le deue pagar la dote.

148 casados, supuesto que sus suegros o quien les â de pagar la dote estan constituydos reipsa en mora irregular, vt præfati Doctores animaduertunt. Pero si voluntaria y llanamente concedieron termino y plaços para las pagas, esto mismo impide por entonces el incurso de la dicha mora, ex .l. secta, §. sed cum fortis, ff. si certum petat, y assi no se podran lleuar reditos ni interesses de aquel tiempo, hasta que su transcurso interpellet pro homine. Inmola & Antonius de Butrio, Socinus & Decius, Plotus, & Palacios Rubios quos refert, & sequitur Surdus .d.quest. 42. a nu.50. vsque ad 53. Tras de lo qual entra y se sigue luego la question si durante la dilacion y plaços puede auer pacto y concierto sobre que se paguen interesses? y que sera despues? o sino se vuiesse concedido termino alguno? Sobre cuya resolucion y respuesta ya diximos arriba q̃ mientras los plaços du-

Si los maridos dã termino y plaços llanamẽte para la paga, no ay mora hasta q̃ se cũplã, ni se les deuẽ interesses de aquel tiẽpo.

149 ran es recebido y opinable no ser illicito ni reprobado de suyo el concertarse los maridos en razon dello con los deudores de las dotes, ex adductis a Couarr. dicto cap.3. nu.3. versi. quarto hinc poterit, & a Barbosa in .d.l. de diuisione, nu.17. mas sino vuiesse espera ni dilacion, no se podria hazer ni sustentar semejante concierto, ni tampoco para despues de passada, porque la razon de ser tolerable (en el primero caso) consiste en que durante aquel tiempo y plaços se halla priuado el acreedor de poder cobrar la suerte principal, y assi aunque en el deudor no ay mora (por no auer llegado el dia de la paga) esta priuacion de la facultad de poder (entretanto) pedir y cobrar todo el dinero, es tan poderosa que puede justificar vn pacto moderado de reditos, atendiendose entre otras razones, a que la dilacion no fue absoluta, sino debaxo de aquello, y que viene a ser como vna venta y enagenacion, o permutacion del derecho, de verse vno priuado temporalmente de auer la dicha suerte y cantidad prometida, que alias cobrara, lo qual falta en los casos, donde la cobrança della esta en mano delos acreedores, porq̃ si entonces

Siẽdo concierto de q̃ respecto de la espera y dilacion se pague algũ interes al marido, muchos tienẽ que vale, restringiẽdo la cõclusion precedẽte: pero no estãdo priuados los acreedores de poder cobrar, sino puesto en su mano y voluntad, no ay camino para justificar reditos, y aduiertese la razõ de differencia.

ces no la piden y cobran, esta tardança en pedir y cobrar, nace de solos ellos, y son vistos dilatalla para que el dinero les vaya ganando y pariendo otro dinero (por cuya codicia permiten siempre de su voluntad el vso y retencion de lo que se les deue) mas en esotros terminos la dilacion es necessaria y forçosa, ya vna vez concertada .l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis .d.l. cedere diem de verborum significat.l. sicut, C. de actionibus, & obligationibus. Y realmente si se diera lugar a que pudiendo cobrar los acreedores las suertes principales, y estando esto en su voluntad y mano, tuuiessen hechos jũtamente pactos y stipulaciones de reditos, fuera destruyr las extrauagantes de emptione & venditione, de los Papas Martino.5. y Calixto.3. y la razon justificatiua d̃los censos, permitiendo vsuras a rienda suelta, pues no parece que las puede auer mas claras, que so color de lucro cessante, o daño emergente, stipular y hazer vn hombre ganancia del dinero que por su voluntad dexa retener a su deudor pudiendoselo pedir y quitar: y basta y aun no es poco passar con ello entre tanto que ay la dicha priuacion de poder cobrar aunque sea temporal, demas de que no es justo que absolutamente se tome ni conceda tanta licencia, sino quãdo mucho en los contractos correspetiuos, donde reipsa se contrahe mora, y donde la vuiera (en el mismo tiempo de los plaços y dilacion concedida) si las partes no se concertaran sobre ella debaxo del dicho additamento de interesses.

Pero aunque sin prejuyzio dela verdad diessemos en nuestro caso por probable y verdadero lo contrario mientras viuio doña Magdalena, y durô el matrimonio y sus cargas, por ser entonces los interesses de daño emergente en el marido, como q̃da fundado: con todo esso en disoluiendose y acabandose (como se disoluio y acabo con la muerte della) no pudo valer ni passar la stipulacion y pacto en fauor de don Pedro (siendo heredero estraño) porque cessaron todas las razones de permission, y particularmente la correspectiuidad del negocio, y la mora irregular contrahida reipsa, y el interes de daño emergente, conuirtiendose en puro y mero lucro. Y si se dixere que por la facilidad con que en España se dan y reciben censos, deue tolerarse el dicho concierto, etiam soluto matrimonio, ex traditis â Couarr. quem plures alij videntur laudare, & sequi.d. lib.3. var. cap.1. nu.3. versi. sexto hinc etiam in fine ibi. *Est etenim facilimũ habentem pecuniam, statim paratos inuenire mille vẽditores horum redituũ*, Podra responderse, que alli habla en fauor de la muger biuda a quien se detiene su dote por los herederos del marido difuncto, en los quales terminos puede por ventura auer circunstãcias de daño emergente, vt ipse met considerat ibi. *Quantum ad rationem damni emergentis*. Mas nosotros corremos en el caso contrapuesto, y en titulo de herencia tan lucrosa, y con vn señor titulado y tan rico, en quien no ay consideracion de soledad y miseria, ni de

150 *Respondese a la objeccion de q̃ en España se halla facilmente quien tome dineros a censo, y ala authoridad de Couarrubias.*

ni de los otros trabajos y desauios que suelen passar y tener las biudas, y assi necessariamente nos auemos de reduzir, a que la

151 pretension contraria de interesses y reditos va por sola via de lucro cessante, fundado en que si se le pagara al susodicho, pudiera dar y diera el dinero a censo, y esto si bien se aduierte, queda excluydo con que en hombre no mercader, y grãgero no se dize causar de porsi lucro cessante, ni daño emergente la facilidad de poder dar o hallar censos, vt in specie probat bene Felianus, lib.2. de censibus, cap.5. nu.14. cuius inter alia sunt hæc verba. *Hoc autem interesse non est damni emergentis sed nec lucri cessantis, quoniam id dum taxat habet locum in solito negotiari, redituum verò annuorum emptio, non potest dici negotiatio. Alioquin homo solitus dare ad censum, mutuando pacisci posset certam quantitatem. Ad rationem vnius pro quatuor decim quamdiu solutio tardatur, quod ipse per quam falsum esse mihi persuadeo,&c.* Con lo qual concurre ver, que aunque se pudiera dar lugar a que los interesses de daño se deduxerã en en pacto o stipulacion (etiam sine mora & data dilatione ad sol-

En nuestro caso la pretension de interesses despues de muerta doña Magdalena, solo podia correr por lucro cessante, y aun este no lo a auido ni se puede aqui considerar porque no lo causa la facilidad de hallar censos.

152 uendum) los de lucro no pueden deduzirse ni stipularse, gloss. in cap. conquæstus de vsuris, Paulus de Castro in .l.3. §. nunc de offiicio, ff. de eo quod certo loco, innumeriq́ue alij quos cũmulat Anto. Gabriel, lib.3. suarum cõmunium, tit. de solutio. conclusio.10. quinimo, la tardança o mora que â de preceder para justificar este interes de lucro cessante, no â de ser reipsa ni fingida, sino verdadera, como si se causasse por interpellacion, o pleyto, gloss. in .l. vnum verb. petitum, ff. si cert. pet. quam sequuntur cõmuniter .DD. vt attestantur Iass. & Purpurat. ibidem. Y la razon de diferencia desto, se hallara en fray Domingo d Soto, lib.6. de justitia & iure, quæst.1. Arti.3. col.3. quem refert & sequitur Ioa. Bapt. Lup. in repetitione .l. curabit, C. de actio. empt. §.6. nu.17 qui ait. *Lucrum cessare vt nomen sonat est hominem a lucro cohiberè, nemo autem cohibetur nisi eius impediatur voluntas,* & infra, *Damnum si quidem non pendet ex industria sed est mæra passio, aqua id circo se quisque incolumẽ seruare potest, lucrum verò pendet ex industria aqua dũ quis sua sponte abstrahit pecuniã non estquod impediri censeatur, &c.* Y en el nu.25 reprehende a Couarru. porq̃ en el cap.4. nu.5. del dicho lib.3. de las varias, estendio el poderse hazer conciertos a principio (data dilatione absoluendum nam in his terminis loquitur) a los interesses de lucro cessante, y aduierte el dicho Ioan Baptista author doctissimo y diligentissimo, que los que por si cita el señor Presidente hablan en interesses de daño, y algunos en el recompensatiuo dela .l. curabit, C. de act. empti. En cuyo caso la naturaleza del negocio induze

Los interesses del lucro cessante no pueden ser deuidos ni stipulados, sinq̃ preceda mora verdadera.

153 mora yrregular (segun lo apuntado arriba) mas esta no es bastante a produzir interesses de lucro, vt per Barbosam in .d.l. de diuisione.5. nu.24. & seq. Con lo qual se apoya y confirma, q̃ no los pueden entrar stipulando las partes en sus contractos y escripturas, porque no se deuen hasta que aya mora verdadera, y

La tardança o mora yrregular, no produze interesses de lucro cessã-

la

la anticipacion de preuenirse y declarallos, aunque no fuesse vaga ê indeffinita seria muy sospechosa y mala, saperetque vsurariam prauitatem, Bald. Ambrosi. đ Vignat. & Felin. Decius, & Cagnolus, Graueta, & Rebuffus rellati, & sequuti a Io. Bapt. Lup. nu.21. vbi supra cui adde Andr. Gail. lib.2. practicarum obseruationum cap. 16. Donde tambien dize que si despues en hecho de verdad succediesse interessar algo el acreedor tendria necessidad de proballo y aueriguallo quando llegasse el caso y lo pidiesse, ꝙ etiam tenet Mascardus (mille Doctores referens) .d. conclusi. 934 de probat. nu.25. 26. & 30. nec videtur se restringere ad solum interesse lucri cessantis. Y no falta quien diga, ser tan prejudicial y dañosa la conuencion de los dichos interesses y reditos ciertos, que sin embargo de que en el discurso los aya, queda priuado y excluydo dellos, el que los stipula y deduze en pacto, segun que hablando de dotes lo notaron Frãcisco Aretino, consi. 151. visothemate, y Palacios Rubios en la repeticion del cap. per vestras. 6. notabili in principio nu.9. Neuizan. consi. 74. nu 3. in fine, y Rolando de Valle, consi 55. nu. 33. volum 2. diziendo: que *vbi a principio quid certum fuit taxatum, non potest dimissa taxatione peti illud, quod alias honeste peti potuisset, quia isto casu vtile per inutile vitiatur.* Cuya resolucion no nos importa apurar aora, pues por todas vias no pudo auer lugar de executar al Marques, y assi nos contentamos en quanto a esto, con hazer mencion del Motu proprio de Pio .V. promulgado año de 571. super exercendis cambijs. *Vbi constituitur nequis audeat siue a principio, siue alias certum & determinatum interesse, etiam in casu non solutionis pacisci, sub pœnis & incursione vsurarum.* Y con aduertir que la probança del lucro cessante (quãdo se nos pidiera en alguna demãda ordinaria, auiendo precedido el requisito đ verdadera mora) auia de concluyr costumbre đ emplear y ganar, o de dar a censo, y que juntamente vuo muy buenas occasiones y proximas de ello, en que se grangeâra la cantidad, ita Alex. consi. 14. volu. 5. & post Ancharr. & Cagnolum, Barbatiam, Couarru. & alios Ioa. Baptist Lup. vbi supra nu.17. transcribit Mascardus .d. conclusi. 534 nu.24 videndus pręcipue, ex nu.16. y hablan do estos dos vltimos Doctores delas personas nobles, que no son mercaderes, ponen por requisito necessario: *Dummodo per probationem propinquam ostenderent separatos habuisse venditores prædiorũ, vel censuum & redituum.* Por manera, que la facilidad de hallar censos, no es de suyo bastante a causar y produzir interesses de lucro, sino constasse auerse ofrecido cosa particular en que se perdio gran coyuntura, y que el acreedor era acostumbrado a dallos, y trataua entonces de esto, y diera luego el dinero si se le pagara, lo qual ayuda a lo que con Feliciano diximos arriba nu. Y viene a conuencer tambien que la intencion de Couarrubias .d. cap. 1. nu. 3. versi. sexto hinc etiam in fine, fue en conformidad de tales circunstancias, demas de auer ydo dudan-

te, ni se pueden lleuar no auiendola verdadera, y assi no vale la stipulacion dellos a principio.

154 *El pacto hecho a principio de semejantes interessesdize algunos ser tan dañoso, q̃ aunque despues los aya y se prueben, no pueden cobrarse, pero el no auerse de hazer caso del concierto sin nueuas prouanças, es opinion assentada.*

155 *Que cosas se hã de probar para el interes de lucro cessante? sin embargo dela facilidad en hallarse quien tome censos.*

156 do y con el miedo que se echa de ver por sus palabras, y tratar d̃ la misma muger biuda y d̃ su fauor. ¶ Pero porque Molina de primog. libro. 4. cap. 5. numero. 6. hizo mencion de herederos, consideramos que esto fue obiter & per transenam, y por ventura inaduertidamente, porque los authores aquien cita, no los toman en la boca para el efecto, vt ex eorum lectione facile apparebit quinimo si secundũ eos intelligatur (iuxta Bart. doctrinam in .l. non solum, §. si liberationis. nu 7. de liberat. legat.) se hallara, que aun fuera deste particular no nos desfauorecen los mas dellos, y antes son los proprios que lleuamos alegados y ponderados en nuestro fauor, especialmẽte Hostiense y Bart. y Decio en el consejo 119. y assi reprobo in indiuiduo a Molina en el dicho lugar, Barbosa in .d.l.2. in principio ff. soluto matrimonio. nu. 40. ibi. *Quidquid contrarium pro constanti præsupponat Molina.* Y mas abaxo en el nu. 43. paulo post principium dize. *Vltimo infertur annotatio ad traddita per Molinam, lib. 4. de primog. cap. 5. nu. 6 vbi tenet valere pactum, quod donec dos restituatur, soluatur aliquid moderatum vxori sub nomine interesse, id enim etiam ex supra traditis confunditur, &c.* Y sobre todo no habla alli de quando se â de cobrar la dote de los suegros o de sus successores, sino quando la han de pagar el marido o sus herederos a la muger, o a los suyos, cosa que no se ajusta a los terminos deste negocio, y que repugna a las conclusiones y verdades q̃ lleuamos fũdadas desde el principio del defecto precedente: a las quales añadimos ahora contra Molina para lo que se dexo dezir de herederos, la authoridad de Palacios Rubios en el dicho 6. notable de la repeticion del cap. per vestras, §.8. nu. 4. pag. 541. Donde siguiendo a Innocencio, y Abbad. y a Sant Antonino, Laurencio de Rodulphis, y Anania entra diziendo: *Quod hæres mariti possidens vel detinens pignus datum viro pro cautione dotis post mortem mariti non lucratur fructus illius pignoris imo tenetur eos in sortem computare, vt .l. 1. C. de pignorat actione.* Y despues de auer dicho que los fructos q̃ se han de recebir en quenta, son no solo los que cogio el heredero, sino los que pudo coger, y que la razon es por auer faltado las cargas del matrimonio y el nombre y ser dote, prosigue con estas palabras: *Ex quo dicebat Ananias vbi supra se in contingentia facti dixisse, quod mortua vxore cuiusdam pro cuius dote data fuit vinea in pignus relictis filijs pœnes quos remanet dos, quod filij tenentur fructus in sortem computare per præ dicta, quod mihi videtur parum dubitabile, &c.* Y en herederos estraños (siendo assi el hecho que se le propuso) tuuo lo mismo Bald. consi. 369. nu. 2. volum. 4. Por manera q̃ en lo tocãte a este particular, y en la conclusion simple de la biuda, no anduuo Molina con la deliberacion y distinccion acostũbrada, ni aun se resoluio ni assentô bien en aquel cap. vbi sub nu. 29. dixit. *Super quibus tamen cum casus contigerit deliberandum erit.*

Tratase de vn lugar del Doctor Molina, a quien reprueba Barbosa.

157 *Los terminos del lugar de Molina, no se ajustan a este pleyto, ni el hablo con deliberacion, especialmẽte en lo tocãte a herederos de la muger.*

158 Con lo dicho q̃ da copiosamente respondido ala 1. objeccion contraria, formada en el nu. 44. Y en quanto a la segunda, sobre

respõdese a la objeccion deq̃l Mar-

bre dezir que con el transcurso de los quatro años de plaços puestos para la paga de los siete quentos, vuo y ay incurrida mora contra nosotros, respondemos, que para escusa della bastâra el concierto de que se fueran pagando reditos de alli adelante, junto con auellos cobrado sin pedir la suerte principal .d.l 2. §. non maledictum, ff. de doli except. *Dum ait, accipiendo enim vsuras distulisse videtur petitionem, &c.* Y en proprios terminos de cobrança de dotes lo tiene asi Pedro Surdo .d. tit. 1. de alimentis, quæst. 45. nu. 11. No embargante que vuiesse passado el año de la paga, y faltasse el pacto que aca tenemos, *Et licet post annum* (inquit) *hæredes sint in mora soluẽdi ipsa tamen vidua est in mora petendi, ideo compensatur mora, & cum possit sortem exigere, &c.* Repetit nu. 26. & nu. 72. idemque tenet Vrsill. ad Mathæum de Afflictis super decisio. 370. nu. 3. quem sequitur alios addens Vincent. d̃ Franchis decisio. 317. nu. 5. dicens quod non potest mora induci sine noua interpellatione, quamuis iam semel fuisset contracta faciunt regulæ vulgares, que habent vltimam moram nocere, & moram cum mora compensari .l. semel mora, ff. soluto matrimonio .l. si per emptorem de act. empt., Afflict. decisio. 150. nu 29. & 30. & alia regula, quod potui nollui, & quod vollui adimplere nequiui. cap. cum super abbatia de officio, & potest. jud. deleg. *Y lo que mas es*, dixo Aymon Craueta despues de otros, consi. 912. nu. 7. volum. 5. que la tardança o mora, causada por que se ayan passado los plaços de las pagas, no es bastante para lleuar reditos de las dotes mientras no las piden las mugeres en juyzio, y hazen sus posibles para cobrallas, y aun esto vltimo no le contento a Barbosa in .d.l. 2. in principio nu. 46. tratãdo desde el numero precedente, que para justificallos no les basta ser diligentes en pedir (luego mucho menos les bastara a los sucessores estraños dellas, y no auiendo pedido) y desde el nu. 49. trata de los interesses de las biudas por via de lucro cessante, y d̃ las probanças que se requieren para aueriguallo, quod etiam prosequitur in .d.l. de diuisione. 5. ex nu. 28.

ques don Diego y sus successores ayã estado en mora.

159 *No ay tardança o mora bastante para causar reditos, aũque aya passado el plaço de pagar la dote disuelto el matrimonio.*

160 El sexto defecto principal de la escritura contraria (para q̃ no se consiga lo que oy se pretende en virtud della) consiste en la voluntad de las partes que la otorgaron, porque fue conuencion expressa, que el principal y los reditos que se auien de poder cobrar despues de la muerte del Marques don Diego, no passassen ni pudiessen passar de quinze quentos, segun parece por la clausula que dexamos referida en el quarto presupuesto del hecho, nu. 6. cuyo sentido claro es dezir: *Y mando la dicha contiã de los siete quentos de marauedis, y renta de quatrocientas y treynta mill marauedis (.) q̃ sean para en quenta de los dichos quinze quentos de marauedis en la dicha facultad contenidos, que yo el dicho Marques de Villena puedo disponer y mandar para despues de mis dias, &c.* Y aunque en medio de las señales de parenthesis, ay algunas otras palabras que se pueden ver en el dicho numero, no mudan la intencion, ni nadie

6. Defecto de voluntad de las partes, sacado de vna clausula y palabras de la escritura del Conde.

die dexarâ de reconocerlo ansi: y como quiera que ser esto para en quenta de aquello, es yrlo descontando, y que q̃de pagado, y consumida la obligacion, en cumpliendose toda la quãtidad, vt patet ad oculum, & probatur in .l.2.C. de pignoratitia act. ibi. *In rationem exonerandi debiti computare necesse habet*, cum mille similibus. Bien se infiere, que (pues aqui se cobraron mas de.18. quentos de marauedis, antes que el Marques presente succediera en sus estados) ellos y el se hallaron y hallan libres, y que no se le â podido lleuar cosa alguna. En cuya consequençia la misma escritura del Conde deuiera bastar para la decision deste pleyto en fauor del Marques, como si tuuiera por si caso de ley, quia vbi est scriptura ibi, est casus legis & sufficit ad decisionem causę, vt probat Aymon, consi.31. in fine. Y tambien la dicha clausula y palabras vienen a ser la mejor glossa de la facultad Real, que puede ymaginarse, ex doctrina Baldi, in .d. authen. nisi rogati, C. ad Trebell. Pero quando en virtud della vuiera duda sobre si los dichos quinze quentos auian de ser de principal? sin que se consumieran en todo o en parte con lo q̃ se fuera cobrando? imo aunque estuuiera claro que auia podido estenderse a mucho mas el Marq̃s don Diego, bastaua auerlo el entendido en aquella forma, y no auer dispuesto de otra, pues es llanissimo, que si ay poder para obligar a vno en mil, y no se vsa del sino para diez, la obligacion no passarâ dellos, y que sera y es lo mismo en materia de assensos y facultades Reales, contra bienes de feudos o mayorazgos, vt per Alfonsum Villagut. in prędict. decisio.3. nu.5. Por manera que sobre los muchos defectos de potestad, que van fundados y considerados contra lo q̃ oy se pretende, se añade este de voluntad, ponderando juntamente, que la tuuo bien notoria el Marques don Diego, de que no durase la carga que dexaua, segun las palabras puestas a la letra en el fin del dicho presupuesto. 4.

161 *Lo cobrado despues de la muerte de doña Magdalena pacheco consumio y extinguio la resta y deuda principal de los.7. quẽtos antes q̃ succediesse el Marques que litiga.*

Ytem para que lo cobrado despues de la muerte de doña Magdalena Pacheco aya extinguido la suerte y deuda principal, se pudieran aqui traer muchissimas alegaciones, demas de las que resultã de lo dicho en los quatro defectos passados, y las que juntaron Couarr.d. lib.3. variarum, cap.1. nu.9. Surdo de alimentis.d. tit 1 quæstio.45. nu.13. y Antonio Thesauro en la decision 78. Pero supuesto que la rayz y fundamento dello se resuelue en si se deuen reditos è interesses o no? y en si son bien o mal lleuados? y que en no siendo licitos y justos, se sigue luego por necessaria consequencia, el auerse de hazer la dicha extincion y desquento secundũ jura & .DD. huius materiæ, no aura necessidad de insistir ni detenernos de nueuo en fundar, loque viene a ser efecto de la causa que ya queda tan fundada, y ansi nos contentamos con refrescar y repetir en este lugar el de Ioã Croto, referido arriba nu.122. donde habla del marido q̃ succede a la muger en la dote, junto con lo que para comproballo va dicho

dicho en los numeros & y la alegacion de Palacios Rubios in .d. cap. per vestras, notabil.6. §.8. nu. 4. que comprehende a qualesquier herederos, añadiendo como añadimos a Casseneo in consuet. Burgund. rub. 4. § 17. versicul. & sembla blement. nu.1. ad finem pag. 184. cuius hæc sunt verba. *Sed in heredibus vxoris ex quo eis non debetur alimenta non mirum si percipiant fructus dotis, quod computari debeant in sortem, &c.* 162

Tambien nace de los dos mismos principios, deuerse como se deue restituyr al Marques todo lo que en su tiempo se á cobrado, por ser indeuido, y estar ya hecha la paga mucho auia, de quanto pudo lleuar don Pedro Portocarrero, vnde succedit titulus de conditione indebiti, & ꝗ post Bart. Baldum & Iasso. Hostiensem, & Canonistas aliosque, quam plures notauit Tiraquel. de retract. conuentionali ad finem tituli nu.152. donde dize, ꝗ pueden repetirse los interesses o vsuras por quiẽ pagó no deuiendolas, sin embargo de que hiziesse la paga sabiendo que no las deuia, y aunque jurara de no repetillas, ad quod etiam potuisset adducere, tex. in cap. debitores de iure iurando. In cuius proposito docuit iddem Couarru. super. cap. quamuis pactum. 2. part. §.3. nu.1. de pactis in.6. Quanto mas ꝗ en el Marques â auido error notorio, sin escudriñar hasta el principio de estos pleytos la substancia de lo que se le pedia, porꝗ succedio niño en la casa de Villena, y sus contadores y criados continuaron lo que vian hazer antes, en yr pagando la renta de quatrocientas y treynta mill marauedis cada año, y por ventura se fuera continuando la propria ceguedad si acaso no tomaramos y vieramos aqui los recaudos contrarios, quando se vino a pedir el executor. Quod autem error in hisce solutionibus sit præsumendus probatur, ex .l. cum de indebito, ff. de probat. & .l. qui in alterius, ff. de reg. juris, cum traditis a Castrensi. in .l. si hæres, §. si totã, ff. ad Trebell. & a Greg. Lopez, in .l.30. gloss.1. in fine tit.14 parti.5. Bald. in .l. generaliter, nu. 5. C. de non numerata pecunia, Alex. consi 164. ex nu 3. lib.5. & in pulchro ad hanc rem, consi. 113. lib. 1. & alibi passim apud iuris interpretes.

Al Marquẽs se le deue boluer todo lo cobrado en su tiempo, aunꝗ las pagas no se vbieran hecho con error.

163 *Pruebase ꝗ á auido error en las pagas.*

164 Contra todo lo dicho oppondra la parte del Conde, ꝗ tanto numero de pagas, y transcurso de años como han passado despues del otorgamiento de su escriptura, tienen ya assentado y prescripto su derecho, y la puerta cerrada al Marques para que no pueda ser dado por libre. En lo qual vienen embueltas tres cosas algo diuersas. La .1. que aya prescripcion legitima para yr cobrando siempre de los que succedieren en la casa de Villena. La 2. ꝗ por lo menos la ay contra el Marques presente, por auer continuado las pagas tanto tiempo. La vltima, que como quiera que sea, no ay que tratar de cobrar lo pagado hasta aqui y para probar que nada desto es juridico, procuraremos confutallo y deshazello en general, y en particular ex sequentibus.

Opposicion que se haze en fauor del Conde, sobre lo tocãte a præscripciõ.

165 Lo primero, siẽdo como fue illicita la promessa y obligacion de pagar quatrocientas y treynta mil marauedis de renta por año, alomenos despues de disuelto el matrimonio entre don Pedro Portocarrero y doña Magdalena Pacheco, no ay duda sino que qualquier prescripcion no aprouecha al Conde, porque en estas materias no corre ni la ay, Signorolus, Decius, Tiraquel. & Cassenęus, quos refert & sequitur Couarru. lib.1. var. cap.9. nu.8 versi. postremo frequentissime Molinęus, consi.41. & in tractatu de vsuris (qui iam adest expurgatus) nu.190. Thesaurus .d. decisio.78. nu.2. in fine, Franciscus Viuius, decisio,369. nu. 20. tomo 1. lib.2. vbi alios addit bene post Aymonem Cęsar Vrsill. in addit. ad Mathę. de Afflictis super decisio.374. Felicianus de censibus, lib.2. cap.1. nu.24. & 25.

No puede caer prescripcion sobre lleuar reditos despues q̃ murio doña Magdalena.

166 Lo segundo, bien se sabe que para prescribir in perpetuum, contra mayorazgos y sus successores, aunq̃ el negocio sea prescriptible es menester tiempo inmemorial, Suarez allegat.3. Doctores in .l. filius familias, §. diui el .2. delegat.1. præcipue Ripa, nu 116 Loazes 191. Alciatus, 48. & Crotus, nu.146. Anto. Gabriel, conclusio.11. & 13. de pręscript. lib.5. suarum cómun. Grego. in .l.10. tit.26. parti. 4. gloss. verbo. ni le empece. colu. 8. versi. sit secundus casus, Anto. Gomez in .l.40. Taur. nu.90. Octauian. decisio. Pedemont. 177. Mieres de maiorat. 4. part. quęst 21. Molina, lib.4. de primog. cap.10. Matiẽzo in .l.8 tit. 7. lib 5. nouæ compilat. gloss 5. nu. fin. & ex nu. 23. Tiber Decianus, responso. 60. nu 3. lib.1. bene Peregrinus de fideicommissis, articu. 41. nu.16 cum sequent. Y aqui no la puede auer, respecto de darse principio y tan fresco, vt patet ex notatis in .l. si arbiter de probat. & in .l. 41. Tauri, & per Molinam lib.2. cap.6. nu.61.

Contra los mayorazgos no corre ni para prejuicio perpetuo, menor præscripciõ que inmemorial y aqui no la puede auer auido.

167 ¶ Y si se oppusiere, que la prescripcion de quarenta años con titulo (especialmente Real, como lo es la facultad deste negocio) suele ęquiualer a la inmemorial, cap. cum personæ § quod si tales de priuileg. in 6. Gutierrez post alios, lib.3 pract. tomo.2. quæstio.62. per totam, respondemos, que no auiendo sido licito lleuar reditos despues que murio doña Magdalena Pacheco, no obran ni son de momento para estas materias qualesquier facultades Reales, ni aũ Papales, Couarr. lib.3. var. cap.1. nu.8. Villagut. de vsuris, quæstio.14. En cuya conformidad se juzgo poco â en el Consejo vn pleyto sobre la dote de la muger del Conde de Saluatierra, no embargãte que se auian ydo pagando interesses della, desde el año de 34. Y que el obligar (a su paga y restitucion) las hazeñas de Aguilarejo, auia corrido en virtud de vna y otra licencia y facultad del Emperador nuestro señor, y que no eran tan limitadas como la nuestra, lo qual es bonissima decision para todo nuestro proposito.

La facultad real no pudo ser de momẽto (con quarenta años de possesion ni con otra mayor) para lo q̃ el Conde pretẽde por ser illicito.

168 Y tambien sin esto pudiera responderse, que (demas de las difficultades que la dicha conclusion padece) solo se â admitido y admite quando el titulo en q̃ estriua la possession de 40. años, tiene

No puede tampoco la dicha facultad seruir de titulo colorado.

tiene color y aparencia con que causar buena fê para lo que se pretende, vt probatur in .d. cap. cum personę, ibi. *Vel saltim tale quod præscriptioni Canonicæ causã præstet*, .l 1. tit. 10. lib. 5. nouę compilat. ibi. *Y si por el dicho priuilegio y merced no se dixeren las dichas palabras o algunas dellas, pero dixere otras, conuiene a saber, que le dona y enagena la villa o lugar enteramente, no reteniendo para si ninguna cosa, o que lo da con todo poderio de señorio, o con todo el señorio real, como al señorio real pertenece: queremos y mandamos que aya para el la justicia, si despues del tal priuilegio y merced vso della continuadamente por tiempo de quarẽta años, &c.* cui legi jungenda est .l. 1. tit. 15. lib. 4 eiusdem compilat. & ꝙ de titulo non colorato traddit eleganter Cosmas, super pragmatica sanctione Francię, in tit. de pacif. possess. nu. 13 in fine col. 5. Y como quiera q̃ en la facultad Real deste pleyto no ay palabra que toque a reditos, ni a imposicion de censo, ni a enagenacion perpetua, sino antes es limitada y tassada para quinze quentos de marauedis q̃ se pagassen de los fructos y rentas del mayorazgo, no parece que ay color ni olor con que apoyar y defender lo que â passado.

169 *No puedẽ auer parado prejuyzio al Marques las pagas hechas en su tiẽpo, para tenello obligado a yr continuandolas, y pagando mientras viuiere.*

Lo tercero, llegando a ver que prejuyzio pueden parar al Marques las pagas hechas en su tiempo? tenemos por indubitable, que no està obligado a continuallas en lo de adelante, por que la resolucion de la duda sobre si quien â pagado vniformemente alguna cosa por mucho tiempo, tiene causada contra si prescripcion? se reduze a que, ô la quiere fundar su contrario en solo el transcurso del tiempo? y no le basta, quia tempus de per se non est modus inducendæ obligationis, ô alega titulo, el qual no parece, saluo que para proballo se vale de la muchedumbre de las pagas en fuerça de prescripcion? y en este caso auiendo corrido tiempo ligitimo correra bien, ô vltimamente ay y se muestra titulo? y siendo este inualido o vicioso, no daña ni prejudica el auer pagado, ita .DD. in .l. cum de in rem verso, ff. de vsuris, vbi Bart. nu. 1. sub versi. *Verumtamen quis iste passus.* Decius nu. 12. post Odofredum, & alios in .l. si certis annis, C. de pactis, Cassenęus in consuetudinibus Burgundiæ, rub. 11. §. 2. nu. 14 Riminald. junior, consi. 232. nu. fin. Felicianus lib. 2. de censibus .d. cap 1. nu. 25. optime, & in specie Alexan. in præd. consi. 113. volum. 1. quem sequitur Mascardus, conclusio. 1377. nu. 65. Con lo qual concurre, que desde el dia en que succedio el Marques, no han passado 30. años, y quando se cumpliessen muchos mas durante los pleytos, bien se sabe que se â de mirar al principio dellos, y que de todas maneras no se â de contar el tiempo de la pupillar edad del Marques, vt in authent. nisi tricennale, C. de bonis maternis .l. sicut. C. de pręscript. 30. vel 40. annorum. Demas de que constãdo del titulo contrariŏ y sus defectos, ningun transcurso podia ser bastãte, etiam temporis in memorialis vt per Vrsill. cum congestis abeo ad decisio. 374. Mathęi de Afflictis, Menochi. pręsumpt. 131. nu. 49. lib. 3. Molina de

170 *Constãdo del mal titulo cõtrario, no bastarà tiẽpo inme*

morial contra el Marques. lina de primog. lib 2. cap.6. nu.75. Auend. 2. part. pretorum, cap.12. nu.32. Maſcard. vbi ſupra, ex nu.63.

171 *No eſta excluydo el Marques de poder pedir repetir y cobrar lo pagado antes tiene derecho para ello.*

Lo quarto, en quãto a poder repetir y cobrar lo pagado, baſta (para fundallo) eſta alegacion vltima, y lo que diximos enel nu. junto con la deciſion.369. de Frãciſco Viuio, ibi, *contractus vſurarius nunquam preſcribitur, vt ſi etiam debitor ſcienter, & ſponte ſoluit, vel condemnatus per ſententiam, poßit & valeat conditione indebiti repetere, vt per Lup. in cap. quanquam, &c.* Mayormente que quando fuera materia licita y preſcriptible, ſolo le vuiera podido prejudicar el Marques reſpecto delas pagas tan antiguas que cayeran enel tiempo ya cumplido, y baſtãte para excluyr la repeticion, ex traditis a Paz in praxi 4. part. 1. tomi cap.5. nu. 15. Gutierrez in practicis, lib.1. quæſtio. 90. nu.4. Felician. de cenſibus, lib.3. cap.1. nu.5. & 7. Y como quiera q̃ las negligencias y deſcuydos ſon differentes y tienen ſu diuiſion, reſpecto de cada plaço y paga, vt in pulchra .l. ſeia mutuam.12.ff. de vſuris, no fuera mucho admitir eſto vltimo en caſo que llegara a ſer neceſſario.

172 *Otro argumẽto cõtrario, en cuya reſpueſta ſe excluye la pretenſion q̃ podria tener el Conde cerca de querer yr cobrando mientras ſu eſcriptura no eſtuuiere dada por ninguna.*

Otra manera de argumento podra ſer que ſe haga por parte del Conde, diziendo que las exceptiones y defenſas del Marques deuen reſeruarſe para la via ordinaria, y que entretanto â de continuar el ſus cobranças ſin ſer perturbado en ellas, argumento eorum quæ docuit Rebuffus. 1. thom. ad conſt. gallicas, ſub tit. de ſententijs prouiſionalibus, in prefatione nu.132. & 2. tomo ſub tit. de reſciſione contractuum, articu. vnico, gloſſ. 4 nu 7. Sed reſpondetur, que en nueſtro propoſito tuuo y probo lo contrario Feliciano .d. lib.2. de cenſibus, cap.1. nu.34 cuius inter alia ſunt hæc verba: *Nam ſi cenſum injuſto pretio creatum, vſurarum fœneratitium, aut nullum eſſe defendamus pendente lite inſtrumẽtum cenſuale non poterit executioni mandari,* & in fine illius numeri citat proſe Oldraldum ac Rupellandm. Quãto mas que es differentiſsimo quererſe eſcuſar vn hombre delas pagas con ſolo dezir, que ay litis pendencia ordinaria ſobre lo proprio? o quãdo lo executan, hazer ſu oppoſicion legitima en forma, con los pũctos de la juſticia, y proballa en tiempo. El primero deſtos dos caſos es a el que ſe ajuſta Rebuffo, y del q̃ tratan ordinariamente los Doctores: pero el ſegundo no â de tener difficultad ni duda, ora preceda el pedirſe la execucion y opponerſe el executado (que ſon terminos llaniſsimos como los nueſtros) ora ſe anticipe quien deue, y tenga pueſta ſu demanda (donde parecia poderſe arguyr malicia, y vn querer preuenir doloſamente, y ſin embargo, no daña) Alex. in .l.4 §. condemnatum, nu.14,

173 *Las excepciones del Marques conſtan en eſte pleyto, y ſon proprias de el.*

vbi etiam Inmola, ff. de re judicata, ſequitur Gutierrez de juramento. confirmat. 1. part. cap.2. nu.23. ¶ Y ſi el argumento caminare por otra via, pretendiendo que las coſas con q̃ el Marques ſe defiende, requieren mas largo conocimiento d̃ cauſa q̃ el de vn pleyto executiuo, reſponderemos facilmente, que conſtã

do

do como consta dellas, dentro dl tiempo dela opposicion, y aun antes no era menester mas, vt per Gregor. Lopez, & alios quos refert, & sequitur, Parladorius, lib.2. rerum quotid.cap.fin. par. 5. §.11. nu. 40. Gutierrez in practicis, lib. 1. quæst. 111. Pero aun aqui corremos con mayores ventajas, respecto de allanarse nuestra justicia con sola la inspeccion y tenor de los mismos recaudos contrarios, per inde enim adest in illis guarentigiata exceptio, sicut actio Bart. in eum qui ita, §. qui ita, vbi Iaso. nu. 12. & 13. ff. de verborum obligat. notauit Romanus, consi. 42. visis quæ eggregie, nu.3 & 4. Assinius de execucionibus, § 3. cap.54. fol.44.& cap. 152. & sequent. fol.65. Mascardus conclu sio.1393. nu.24. Anto. Massa ad formulam obligationis camera lis, 1. part. quæstio 3, & ad quartam particulam, quæstio.1. Azeuedo, in .l.1. tit 21. lib. 4. nouę compil. nu.93. & 94. Afflict. & Vrsill. decisio.283. Bald. & Anto. d Canario, Hippol. & Menes. citati & sequuti a Parlador. vbi supra nu.26. & 27. Y no ay ni puede auer duda en que nuestras excepciones sean legitimas, por consistir en tãtos y tan grãdes defectos como padece la escriptura del Conde (qui etiam si non opponerentur nec de eis exciperetur satis deberent per officium judicis consuli, vt in .l. fin. in fine ff. de pet. hæredit.) demas de concluyrse entre ellos paga, y que no es licito lleuar lo que se pide, cosas expressamente admitidas y aprobadas (para las vias executiuas) en la dicha .l.1. tit.21. lib. 4 compilat. ¶ Y porque podria ser picar cerca desto vltimo, en que parece quæstion juris de vsura no perteneciente a tribunales seglares, y que hasta q̃ la determinen juezes Ecclesiasticos, se â de yr cobrando, y executando el contracto, segun la doctrina de Angelo in .l.4. §. condemnatũ, ff. d re judicata, aduertimos. ¶ Lo primero, q̃ aunq̃ Azeuedo nu.186. in .d.l. compilat. quiso conformarse con esto. Los Doctores q̃ cita no le ayudan, porque don Antonio de Meneses in .l.1. nu. 49. C. de juris & facti ignorantia, claramente tiene contra Angelo, cum (eo relato) sic afferat, *Contrarium melius tenente Andrea Tiraquello, de retractu conuentionali, §.1 gloss.2 nu.36. & huius vt vides opinio lege nostra probata est.* Y Gutierrez de juramento confirmatorio, 1. part. cap 2. nu. 30. expręsse vult quod si judex sęcularis, remittat quęstionem vsurariam iuris, ad Ecclesiasticum, *Interim super sedeat in executione*, quod autem contractus fęneratitius, non sit exequendus, imo etiam si solum sit suspectus de fęnore patet, ex Bald. in .l. etiam, nu.9. C. d execut. rei jud. facit tex. in cap. tuas.13. vbi Anani. & alij, extra de vsuris, Assin. de executionibus .d §.3. cap.54 & cap. 152. & sequen. fol.65. ¶ Lo segũdo parece ser oy mas assentado, que de los pleytos de vsuras, se puede conocer ansi por los juezes Ecclesiasticos, como por los seglares, ora vengã a parar en hecho sobre si se prueba ô no algun contracto que conocidamente seria logro? ora en el derecho sobre si es licito ô illicito lo q̃ se propone? ita Ioãnes Bap.

174 *Tratase de que no ay impedimẽto para conocer y determinar sobre, que a sido yes illicito lleuar los reditos que pretẽde el Conde.*

175 *El cõtrato vsurario no se a de executar.*

176 *La questiõ de vsuras aunque cõsista en derecho puede ser de ambos fueros.*

Lup. in repetit. cap. quamquam de vsuris, in 6. §.4. nu.8. Calderin. Ancharr. & Ioan Andreas, Natta, & Molinę. Menochi. & Alciat. cum Peguera, & alijs innumeris congestis nouissime â Prospero Farinaçio in praxi criminali. 1.tomo, quæstio.8. de inquisitio. nu.132. qui postea se sub scribit nu.140. in fine, versi. *Quarta sit conclusio,* firmans quod contrarium sectantes in aduertenter se fundant, & illis addendus etiam est Fachineus, lib. 9. controuersiarum juris quæstio 30. Y si bien se aduierte la diferencia inter quæstionem juris, & facti es quasi verbal, y estaria en mano de los litigantes hazer en esto lo que quisiessen, como

177 lo declara Iasson in .l. quoties, nu.7. C. de judicijs, a quien esotros mas modernos siguen. ¶ Lo tercero, supuesto q̃ en España está prohibidas las vsuras por las leyes Reales, fuerça es conceder que los juezes seglares tienen jurisdiccion para tratar dellas en qualquier forma que se deduzgan, por cessar aqui la razon y fundamento de los que pensaron lo contrario, estribando en que el derecho ciuil las permitia, notauit eggregie Octauianus Osascus, decisio. Pedemontana.137. nu.12. additque plures Farinaçius .d. nu.140. in princip. ex quorum dictis refert, ꝙ

Estando como está en España prohibidas las vsuras por las leyes reales pueden mas llanamente conocer dellas los juezes legos.

178 huiusmodi decreta vigent in regnis Franciæ, Hispaniæ, Neapolitano, Montisferrati, & Pedemontium, &c. ¶ Lo quarto, tãbien (sin lo dicho) affirmo Hieronimo Cagnolo, in .l. curabit nu.45. C. de actionibus empti, que sobre vsuras restauratiuas, (como lo serian las de este pleyto, ora corriessen por daño emergente, ora por lucro cessante) y sobre las recompensatiuas de aquella ley pueden ser y son juezes competentes los seglares, sequitur Ioãnes Bapt. Lup. vbi supra, nu.8. ad finem, nec dissentit Barbosa in .l. titia, ante nu 51. ff. soluto matrimonio, & faciunt dicta Baldi & Iacob. de Frãchis, in cap. 1. §. similiter si de inuestitura fæudi fuerit controuersia, vbi volunt quod judex sæcularis qui cognoscit de causa pignoris possit etiam cognoscere super fructibus & vsuris prouenietibus ex pignore. ¶ Lo

El conocimiẽto de lo tocante a vsuras restauratiuas o cõpensatiues no es ageno del fuero seglar.

179 quinto, aunque siguieramos la concordia de Barbosa, nu.52. en el lugar aora referido, no nos dañara, porque dize que si el derecho es claro, no le sera prohibido al juez seglar conocer de la quęstion del, no embargante que las partes lo quieran controuertir, y assi nos vendra a ser de momento lo que arriba dexamos tan fundado, y ver que no ay author contra nosotros enlos terminos que tenemos, y que por el contrario los ay en nuestro fauor, junto con la razon fundamental del cap. salubriter, y otras indissolubles, que van consideradas. ¶ Lo sexto para nu-

La questıon de derecho que pudiera auer en este pleyto es clara y assi no se deuiera sacar del juizio seglar, conforme a la concordia de Barbosa.

180 estro caso, de que se admita la excepcion de vsuras, tenemos la dicha .l.1. tit.21. lib.4. dela nueua Recopilacion, que es expressa y habla con generalidad, vnde cum ipsa non distinguat nec nos distinguere debemus, ex reg. l. de prętio, ff. de publiciana cum similibus, & ad hoc confirmandum tam in quæstionibus juris quam facti, est notabile consilium Guid. Papæ.180. nu.2. receptum

La ley del Reyno es expressa para este pũto en fauor del Marques.

ceptum cõmuniter, & a praxi confirmatum, vt testatur Iul. Clarus, quem sequuntur Peguera in decisio. criminali. 30. nu. 23. & 24. & Farinacius post alios, nu. 136. vbi supra. Con lo qual concurre, que las defensas del Marques van fundadas en muy muchas cosas, sin dezirse principalmente por su parte, que el contracto (como suena auerse otorgado con don Pedro Portocarrero, y para sustentar las cargas del matrimonio) fuesse vsurario, sino que el caso presente no está comprehendido en el, ni es licito querer comprehendello, y sobre todo, aunque esto cessara (y nuestra excepcion fuera vnica, y se resoluiera en que lo cobrado se auia de computar con los siete quentos, porque no fuera licito lleuallo por interesses ô reditos) no auia en que reparar, como no se reparô en el Senado del Piamonte, para lo contenido en la decision. 43. de Antonio Thesauro, ni en el de Fiuiza. para las de Caualc. ni en losdemas tribunales seglares, para donde escriuieron y aconsejaron los Doctores que dexamos referidos, y otros muchos que pudieramos referir.

181 *En proprios terminos dedotes sea oydo y juzgado por tribunales seglares.*

Con lo dicho solo parece que nos resta aduertir, que la condemnacion d' salarios hecha contra el Marques por el Receptor no puede estar justificada, pues antes por el contrario el Conde auia de ser condemnado en costas, ex regu. l. properandum, §. siue autem alterutra cum vulgaribus, C. de judicijs: mayormente que no es el pleyto criminal, en que vuiesse absolucion de la instancia, por no auer plena probança. Y en quanto a la reserua, tambien se pudiera escusar, pues la causa se â discutido y entendido muy bien, y nuestra justicia es notoria, vnde succedunt traddita a Vincentio de Franchis, decisio. 289. nu. 1. & 5. part. 2. quæ sint dicta sub. D. V. censura dignissima. &c.

182 *Que el Marques nopudo ser cõdenado en los salarios ni auia para que hazer reserua alguna en fauor del Conde.*